الحجج القضائية
فى الشريعة الإسلامية

تأليف

دكتور

محمود على أحمد ابراهيم

أستاذ مساعد فى الشريعة الإسلامية

جامعة الأزهر

الطبعة الأولى

١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

دار الهدى

للطباعة

شارع النبراوى بالسيدة زينب

الحجج القضائية
فى الشريعة الإسلامية

دكتور
محمود على أحمد إبراهيم
أستاذ مساعد فى الشريعة الإسلامية
جامعة الأزهر

الطبعة الأولى

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

دار الهدى للطباعة
٣ ش النبراوى بالسيدة زينب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله غافر الذنب وقابل التوب شديد العقاب ذى الطول لا إله إلا هو إليه المصير .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله ، أرسله ربه بالعقيدة الصحيحة والشريعة السمحة . اللهم صل وسلم وبارك على رسولك محمد وعلى آله وصحبه والتابعين .

أما بعد : فقد يتصور البعض أن الحجج القضائية فى الشريعة الإسلامية هى : الشهادة بأنواعها ، واليمين والإقرار بأنواعه فقط ، ولكن الشريعة الإسلامية أوسع من ذلك وأرحب ، ففيها الحجج الأخرى الكثيرة والتى سنتعرض لها إن شاء الله تعالى فى هذا الكتاب .

فقد جاءت الشريعة الإسلامية محققة لمصالح الناس ميسرة لهم ، ومبينة لهم طرق إثبات الدعوى ، أو نفيها .

مقدمة

فى العدالة فى الإسلام

لقد جاء الإسلام داعيا إلى العدل المطلق ، وأوجب إقامته بين الناس جميعا ، دون نظر إلى لون ، أو جنس أو قرابة ، أو صداقة ، أو عداوة ، أو اختلاف عقيدة .

قال عز وجل : (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)[1] .

ويقول جل جلاله : (ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى)[2] .

ويقول جل شأنه : (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إلا يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما) .

والعدل أساس الحكم ، وميزان التشريع ، فلا تقوم دعائم الحكم ، ولا ينتظم أمره ، ولا يلتئم شمله إلا بالعدل .

والعدالة الواجبة لا تقتصر على العدالة فى ميدان القضاء ، بل تشمل أيضاً مختلف صور العدالة فى سائر المعاملات ، وشتى ميادين الحكم ، والإدارة .

---

(١) سورة النساء من الآية ٥٨ .

(٢) سورة النساء من الآية ١٣٥ .

وقد سجل التاريخ : أن الدولة الإسلامية كانت تراعى العدل فى أحكامها ، وتصرفاتها ، ولقد كان الذميون ينعمون فى القضاء بينهم وبين المسلمين ، ولقد روى أن يهوديا شكا على بن أبى طالب رضى الله عنه للخليفة عمر رضى الله تعالى عنه ، فقال الخليفة للإمام على رضى الله عنه : « قم يا أبا الحسن فاجلس بجوار خصمك » ، ففعل الإمام على ، وعلى وجهه علامة التأثر ، فلما فصل الخليفة عمر فى القضية قال للإمام على : أكرهت يا على أن تساوى خصمك ؟ قال الإمام على : لا ، ولكننى تألمت ؛ لأنك ناديتنى بكنيتى[1] .

والذى أفهمه من هذه القصة : أن الإمام على كرم الله وجهه تأثر من مناداته بعبارة « يا أبا الحسن » فى موقف القضاء بينه وبين خصمه ، ولعل الإمام على خاف أن يخل ذلك بالمساواة بينه ، وبين خصمه فى المعاملة أثناء سير القضية .

وإنما ناداه بذلك عمر رضى الله عنه جريا على العرف السائد فى ذلك الوقت ، وهو التنادى بالكنى ، وأيضاً إنما ناداه بذلك ليسهل معرفة المنادى .

فانظر إلى أى مدى كان الصحابة رضوان الله عليهم يحرصون على العدل والمساواة !!

ولقد كان الناس فى الجاهلية يفرقون فى الحكم بين الناس ، فيطبق على أرباب الغنى ، والجاه ، والقوة ، والسلطان الصفح ، وعدم العقوبة ، ويطبق على عامة الناس أحكام الشدة ، والصرامة ، وعدم الصفح ، فكان الغنى ، وصاحب الجاه يرتكب الجريمة ، فلا يدرى به أحد ، وتمحى خطيئته ، ولا يعاقب عليها .

---

(١) من بحث قدمه سماحة الشيخ عبد الله غوشة لمجمع البحوث الإسلامية ص ١٩١ المؤتمر السادس — نشر فى المجلد الثانى .

أما إذا ارتكب أحد من عامة الناس جريمة ما ـ فإنه ينزل به العقاب الصارم ، ويشهر به فى كل مكان .

فلما جاء الإسلام أرسى دعائم العدل ، والمساواة . يدل على ذلك : أنه لما أريد إقامة الحد على المرأة المخزومية التى سرقت ـ عز ذلك على قريش ، وسادتها ، فأرسلوا أسامة بن زيد أحب رسول الله ﷺ إليه ؛ ليشفع فيها ؛ لعله يسقط الحد عليها .

فلما سمع النبى ﷺ ذلك غضب ، وقال : « أتشفع فى حد من حدود الله » ثم قام فخطب ، قال : يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف فيهم تركوه ، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » .

وفى البخارى عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة : أن أسامة كلم النبى صلى الله عليه وسلم فى امرأة فقال : إنما هلك من كان قبلكم أنهم كانوا يقيمون الحد على الوضيع ويتركون الشريف والذى نفسى بيده لو فاطمة فعلت ذلك لقطعت يدها »[1] .

ولما أسلم جبلة بن الأيهم ، الأمير الغسانى ، ذهب إلى الحج ، وبينما كان يطوف حول الكعبة ، وطىء إزاره رجل من بنى فزارة ، فانحل إزاره ، فغضب جبلة ، وضرب الفزارى ، وهشم أنفه ، فشكاه الفزارى إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنـــه ، فأتى به ، وقال له : إما أن ترضى خصمك ، أو يضربك كما ضربته ، فقال جبلة : « أوتساوى بين الأمير ، والسوقه ؟ »

---

(١) صحيح البخارى جـ ١ ص ١٩٩ ـ طبعة الشعب .

قال عمر رضى الله عنه : « إن الإسلام قد سوى بينكما »[1] .

الخليفة عمر يحاسب ابنيه :

وهذه واقعة أخرى تجسد معنى العدالة ، سلوكا ، ومنهجا ، فمن زيد بن أسلم عن أبيه ، أنه قال : خرج عبد الله ، وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب فى جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرا على أبى موسى الأشعرى ، وهو أمير البصرة ، فرحب بهما ، وسهل ، ثم قال : لو أقدر على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكماه ، فتبتاعا من متاع العراق ، ثم تبيعانه ، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون الربح لكما ، فقالا : وددنا ذلك ففعل ، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال . فلما قدما باعا ، فربحا ، فلما دفعا رأس المال إلى عمر رضى الله عنه قال : أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ قالا : لا ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : إبنا أمير المؤمنين ، فأسلفكما . أديا المال ، وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : ما ينبغى لك يا أمير المؤمنين هذا ، لو نقص المال ، أو هلك لضمناه ، فقال عمر رضى الله تعالى عنه : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله . فقال رجل من جلساء عمر رضى الله عنه: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر: قد جعلته قراضا » .

فأخذ الخليفة عمر رأس المال ، ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله ، وعبيد الله

---

(١) فى بحث قدمه فضيلة الشيخ عبد الله غوشة لمجمع البحوث الإسلامية ص ١٧٨ عام ١٩٧١ - نشر فى المجلد الثانى للمؤتمر السادس .

ابنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه نصف ربح المال[١] .

ويقول الخليفة الثانى عمر رضى الله عنه : لو كان سالم مولى أبى حذيفة حيا لعهدت له بالخلافة[٢] .

فانظر إلى أى مدى تكون العدالة ، والمساواة ، وكيف تصان الحقوق فى الإسلام .

---

(١) من بحث منشور للشيخ عبد الله كنون فى المؤتمر السادس لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

(٢) نفس المرجع ص ١٥٨ .

حجج الادعاء فى الشريعة الإسلامية

تمهيـد :

لابد فى هـذا المجال من التفريق بين الدليل والحجة ، فالدليل : شأن المجتهد حيث يدله على الحـكم الذى يبحث عنه ، وأما الحجة فشأن القضاة والمتحاكين ، حيث يحتاج الأمر إلى إثبات الدعوى وتأييد كل خصم مايقوله[١] .

والبينة : اسم لـكل ما بين الحق ويظهره ، وسمى النبى ﷺ الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم ، وارتفاع الإشكال بشهاداتهم ، كوقوع البيان بقول الرسول ﷺ لأمر من الأمور ، قاله أحمد بن موسى بن نصر ، وقال ابن قيم الجوزية : ولم تأت البينة فى القرآن الـكريم مراداً بها الشهود ، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ، ومجموعة ونقل ابن الفرس فى أحكام القرآن عن القاضى إسماعيل : أن العمل بالقرائن فى مثل اختلاف الزوجين غير مخالف ؛ لقـــوله ﷺ : « البينة على المدعى واليمين على من أنـكر » لأنه ﷺ لم يرد بهذا الحديث إلا الموضع الذى تمـكن فيه البينة ، فتى وجدت القرائن التى تقوم مقام البينة عمـل بها ، وقد وردت فى القرآن الـكريم قصة يوسف فى قد القميص ، وإقامة ذلك مقام الشهود . قال ابن الفرس : هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحـكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات . قال تعالى : « وجاءوا على قميصه بدم كذب » قال عبد المنعم بن الفرس : روى أن إخوة سيدنا يوسف لمـا أتوا

---

(١) الفروق للقرافى ص ٨٢ ، تهذيب الفروق ص ١٣٩ .

بقميصه إلى أبيهم تأمله ، فلم ير فيه خرقا ، ولا أثر ناب ، فاستدل بذلك على كذبهم ، وقال : متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ، ولا يخرق قميصه ؟ فاستدل الفقهاء بهذه الآية فى إعمال الأمارات فى كثير من مسائل الفقه ، وأقاموها مقام البينة ، وكذلك جعل معرفة العفاص والوكاء قائما مقام البينة ، وكذلك حكم رسول الله ﷺ بالقافة ، وجعلها دليلا على ثبوت النسب ، ومن ذلك حكم عمر رضى الله عنه برجم المرأة إذا ظهر بها حمل ، وليس لها زوج ، وجعل ذلك يقوم مقام البينة فى أنها زانية[1] .

والبينات والحجج كثيرة ، فمنها : الشهود ، ومنها : اليمين ، ومنها الشاهد واليمين ، ومنها : النكول بمعنى الامتناع عن اليمين ، ومنها : الإقرار ، ومنها القرائن ، ومنها غير ذلك ، كما سنرى . وسوف أبدأ أولا بإذن الله بالشهادة نظراً لكثرة حدوثها وشهرتها .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

مبحث

الشهادة وما يكملها

نحتاج فى مجال الكلام على حجية الشهود - أن نبين العناصر الآتية :

حد الشهادة ، ومستند علم الشاهد ، ومراتب الشهادة ، وصفات الحقوق المشهود فيها ، وشروط الشاهد ، وموانع قبول الشهادة ، وأمور يجب التنبه إليها فى وثيقة الشهادة ، وإليك البيان .

حد الشهادة :

أما حد الشهادة فهو إخبار يتعلق بمعين ، أى ما يشهد به الشاهد لابد أن يكون معيناً ، بخلاف الرواية فيها ، فإنها لا يشترط فيها هذا التعيين .

مستند علم الشاهد :

لا يصح للشاهد شهادته بشىء حتى يحصل به العلم . إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم الشاهد ، وقطع بمعرفته ، إلا بما يشك فيه ، ولا بما يغلب على الظن معرفته . فى القرآن الكريم : « وما شهدنا إلا بما علمنا » ، وقد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة فى مواضع : كالشهادة فى التفاليس ، وحصر الورثة .

والعلم يدرك بأحد أربعة أشياء :

الأول : العقل بانفراده ، فإنه يدرك بعض العلوم بالضرورة . مثل : أن الاثنين أكثر من الواحد ؛ ويعلم حال نفسه من صحة ، وسقم وإيمان ، وكفر وتصح بذلك شهادته على نفسه ، وما أشبه ذلك .

الثانى : العقل مع الحواس الخمس : حاسة السمع ، وحاسة البصر ، وحاسة الشم ، وحاســـة الذوق ، وحاسة اللمس ، فيدرك بالعقل مع حاسة السمع الكلام ، وجميع الأصوات ، ولذلك تجوز شهادة الأعمى على الأقوال ، إذا كان المشهود عليه قد لازمه كثيراً ، حتى يتحقق الأعمى كلامه ويدرك بالعقل مع حاسة البصر جميع الأجسام والأعراض ، والمبصرات ؛ ولذلك تجوز شهادة الأصم على الأفعال ، وتجوز الشهادة على الخط ، ويدرك بالعقل مع حاسة الشم جميع الروائح التى تدخل تحت حاسة الشم ، فيدرك بها حال المسكر ، فيراق الخمر ، ويحد شاربها بالشهادة على الرائحة عند المالكية .

ويدرك العقل مع حاسة الذوق جميع المطعومات المذوقات ، ولذلك تجوز الشهادة به فى اختلاف المتبايعين فى صفة المبيع ا كالزيت الحلو ، وعكسه ، والعسل الشتوى والسمن المتغير ، وغير ذلك مما يكثر ذكره .

ويدرك بالعقل مع حالة اللمس جميع الملموسات على اختلاف أنواعها ، وتجوز شهادة أهل المعرفة فى اختلاف المتبايعين فى صفة المبيع فى اللين ، والخشونة ، وما أشبه ذلك .

الثالث : حصول العلم بالأخبار المتواترة ، فإنه يحصل به العلم بالبلدان النائية ، والقرون الماضية ، وظهور النبي ﷺ ، ودعوته إلى الإسلام ، وقواعد الشرع ومعالم الدين ، وكذلك تجوز الشهادة بما علم من جهة الأخبار الصحيحة فى باب الولاء ، والنسب ، والموت ، وولاية القاضى ، وعزله ، وضرر الزوجين ، وما أشبه ذلك ، قال ابن رشد : فالعلم المدرك من هذه الوجوه الثلاثة علم ضرورة يلزم النفس لزوما لا يمكنه الانفصال منه ، ولا شك فيه » .

والرابع : العلم المدرك بالنظر ، والاستدلال . فالشهادة بما علم من جهة

النظر، والاستدلال جائزة، كما تجوز بما علم من جهة الضرورة، وذلك مثل: ما روى أن أبا هريرة شهد أن رجلا قاء خمراً، فقال له عمر: أتشهد أنه شربها: فقال: أشهد أنه قاءها، فقال له عمر، ما هذا التعمق؟ فلا وربك ما قاءها حتى شربها.

ومن ذلك شهادة الحكماء والخبراء فى قدم العيوب التى وجدت فى المبيع لمعرفة ما إذا حدثت عند المشترى أو أنها حدثت عند البائع قبل بيعها، وكذلك الشهادة على حدوثها. وشهادة أهل المعرفة على حدوث الضرر من زمن بعيد، أو قريب، ومن هذا المعنى شهادة أمة محمد ﷺ يوم القيامة للنبيين على أممهم بالبلاغ، وشهادة المؤمن بأن الله واحد لا شريك له، وأنه حى عالم قادر - إلى غير ذلك من الصفات التى هو عليها؛ لعلم الشاهد بذلك من جهة النظر والاستدلال، وهذا باب واسع[1].

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٠٥ وما قبلها، ومعين الحكام للطرابلسى ص ٦٨.

أحكام الشهادة فى الحقوق ومراتبها

أما أحكام الشهادة فى الحقوق فتنقسم إلى خمس مراتب :

المرتبة الأولى : شهادة توجب الشىء المشهود به دون يمين .

المرتبة الثانية : شهادة توجب الشىء المشهود به مع اليمين .

المرتبة الثالثة : شهادة لا توجب الشىء المشهود به إلا أنها مع ذلك تستدعى الحكم فيه .

المرتبة الرابعة : شهادة لا توجب الشىء المشهود به أيضاً وتوجب مع ذلك حقا على الشاهد .

المرتبة الخامسة : شهادة لا توجب شيئاً .

الشهادة دون اليمين :

أما الشهادة التى توجب الشىء المشهود به دون يمين ، فإنها تنقسم إلى ستة أقسام :

الأول : أربعة شهود ذكور فى إثبات الزنى .

الثانى : شاهدان رجلان ، وذلك فى سائر الأحكام سوى الزنى وما فى حكمه .

الثالث : شاهد وامرأتان .

الرابع : امرأتان بانفرادهما .

الخامس : شاهد واحد فيما يبتدىء القاضى فيه بالسؤال ، وفيما كان علماً يؤديه الشاهد كالترجمان والقائف والطبيب .

الشهادة مع اليمين :

أما الشهادة التى توجب الشىء المشهود به مع يمين المدعى ، فكشاهد ويمين المدعى أو امرأتان ويمين . وذلك فى حقوق الأموال وما المقصود منه المال .

وأما الشهادة التى توجب حكماً ، ولا توجب الشىء المشهود به .

فمثالها : شاهد عدل أو امرأتان على الطلاق - فإنها توجب اليمين على المشهود عليه إذا أنكر ، وكذلك إذا شهد شاهد بقتل عمد ، فنكل أولياء الدم عن القسامة ردت اليمين على القاتل ، وكذلك إذا شهد شاهد بأن شخصاً جرح آخر عمداً ، وما أشبهه من القصاص . وكذا شاهد عدل على النكاح ، وكذا إذا شهد بالنكاح رجل وامرأتان . فهذه الوجوه كلها يترتب عليها وجوب اليمين على المشهود عليه ولا توجب الشىء المشهود به .

الشهادة التى توجب حقاً على الشاهد :

أما الشهادة التى لا توجب المشهود به وتوجب على الشاهد حقاً - فإنها تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : كالشهادة على جريمة الزنى إذا لم تكمل على وجهها ، وذلك كالثلاثة فدون يشهدون على معاينة الزنى فعليهم حد القذف .

القسم الثانى : رجوع الشهود عن الشهادة بعد أدائها وقبل الحكم بها . واعترفوا بشهادة الزور وأنهم تابوا ، فإن شهادتهم لا توجب شيئاً . وفى تأديبهم خلاف .

أما لو رجعوا بعد الحكم بها إما فى مال أو فى نفس أو حد من قطع أو

قذف أو شتم ، فإن أخبروا عن غلط غرموا المال ودية المتلف ، وإن أخبروا عن تعمد كذب غرموا المال ، واختلف الفقهاء فى إلزام القصاص فى النفس البشرية التى أتلفت بشهادة الزور ، أو اليد التى قطعت بشهادتهم ونحو ذلك ، فنهم من قال بالقصاص ، ومنهم من قال بالدية .

أما الرجوع عن الشهادة بالقذف والشتم بعد الحكم فليس فيه غير الأدب .

الشهادة التى لا توجب شيئا :

أما الشهادة التى لا توجب شيئا فكشهادة العبد والكافر والفاسق ، والنساء فيما لا تقبل شهادتهن فيه كشهادتهن فى الحدود والقصاص[1] .

فضل الشاهد :

لقد نطق القرآن العظيم بفضل الشهادة ، ورفعها ، ونسبها تعالى نفسه ، وشرف بها ملائكته ، ورسله ، وأفاضل خلقه فقال تعالى : « لكن الله يشهد بما أنزل إليه أنزله بعلمه والملائكة يشهدون » وقال تعالى : « فكيف إذا جئنا من كل أمة بشهيد وجئنا بك على هؤلاء شهيدا » فجعل كل نبى شهيداً على أمته ، لكونه أفضل خلقه فى عصره . وقال الله تعالى: «شهد الله أنه لا إله إلا هو والملائكة وأولو العلم قائما بالقسط لا إله إلا هو العزيز الحكيم » ويكفى بالشهادة شرفا أن الله تعالى خفض الفاسق عن قبول شهادته ، ورفع العدل بقبولها منه . فقال الله تعالى : « إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا » وقال الله

---

(١) تحفة الحكام لابن فرحون ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٥ ملخصا .

تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، وأخبر سبحانه أن العدل هو المرضى بقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » وعرفنا سبحانه أن بالشهداء قوام العالم فى الدنيا ، فقال الله تعالى : « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » ، قال بعضهم الإشارة إلى ما يدفع الله عن الناس بالشهود فى حفظ الأموال ، والنفوس ، والدماء ، والأعراض فهم حجة الإمام ، وبقولهم تنفذ الأحكام ، واشتق الله تعالى لهم إسماً من أسمائه الحسنى وهو الشهيد تفضلا وكرما .

شروط الشاهد :

قال ابن رشد : والشاهد فى شهادته حالان :

حال تحمل الشهادة ، وحال أدائها .

فأما حال تحملها : فليس من شرط الشاهد فيها إلا كونه على صفة واحدة ، وهى الضبط ، والتمييز صغيراً كان أو كبيراً حراً كان أو عبداً ، مسلما كان أو كافراً ، عدلا كان أو فاسقا .

وأما حال أدائها : فمن شرط جواز شهادته أن يجتمع فيه خمسة أوصاف متى عرى عن واحد منها لم تجز شهادته وهى :

البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والإسلام ، والعدالة ، زاد ابن رشد : والمروءة ، واختلف فى الرشد .

وزاد ابن رشد : وأن يكون من أهل التيقظ ، والسلامة من التغفل .

شرط البلوغ :

أما بالنسبة للبلوغ : فلو بلغ الشخص خمس عشرة سنة ولم يحتلم ، وكان

عدلا ، فقال ابن وهب : تجوز شهادته .

وفى رواية أبى زيد عن ابن القاسم : لا تقبل شهادة ابن خمس عشرة سنة إلا أن يحتلم ، أو يبلغ ثمانى عشرة سنة .

ولأبى الفضل العباس بن إسماعيل بن معمر . قال : وإذا أسلم الذمى فشهد شهادة ، وقد كان عدلا فى أهل الذمة ، قبل أن يسلم قبلت شهادته ، ولم يحتج إلى تجديد تعديل ، بخلاف الصبى إذا بلغ ، فلا تقبل شهادته ، حتى يعدل بعد البلوغ[1] ، ولعل ذلك ؛ لأن الصبى لا شهادة له قبل البلوغ ، إلا ما استثنى وبالتالى عدالته غير مطلوبة قبل البلوغ ، فإذا بلغ وعدل صحت شهادته ، بخلاف الذمى إذا أسلم وقد كان عدلا فى أهل الذمة .

شرط العقل :

وشرط العقل فى الشهادة ؛ لأن العقل شرط فى التكليف ؛ ولأن الضبط والتمييز لا بد منهما فى الشهادة ، وذلك لا يتأتى من عديم العقل .

شرط الحرية :

الصحيح من مذهب الإمام أحمد : أنه لا تشترط الحرية فى قبول الشهادة وعند الإمام أحمد أيضاً تقبل شهادة العبد إلا فى الحدود والقصاص ؛ لاختلاف العلماء فى قبول شهادة العبد . فلا تنهض شهادته سببا لإقامة الحدود التى مبناها على الاحتياط[2] .

وقد اختلف الناس فى ذلك ، فردتها طائفة مطلقا ، وهذا قول مالك ،

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢١٦ ج ١ .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٤٣ .

والشافعى ، وأبى حنيفة وقبلتها طائفة مطلقا حتى لسيده ، وقبلتها طائفة مطلقا إلا لسيده .

أدلة قبول شهادة العبد :

قبول شهادة العبد هو موجب الكتاب ، والسنة ، وأقوال الصحابة ، وصريح القياس ، وأصول الشرع .

والنصوص الواردة فى الشهادة لا تفرق بين الحر والعبد فمن هذه النصوص قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله » ، وقوله جل جلاله : « واستشهدوا شاهدين من رجالكم » ولا ريب أن العبد من رجالنا ، وهذه النصوص لم تفرق بين الحر والعبد .

وأجمع الناس على أنه مقبول الشهادة على رسول الله ﷺ ، إذا روى عنه الحديث ، فكيف تقبل شهادته على رسول الله ﷺ ولا تقبل شهادته على واحد من الناس ؟

وقال الثورى عن عمار الذهبى قال : شهدت شريحا شهد عنده عبد على دار ، فأجاز شهادته . فقيل : إنه عبد ، فقال شريح : « كلنا عبيد ، وإماء » .

وسئل أنس بن مالك رضى الله عنه عن شهادة العبد ، فقال : جائز[1] .

أدلة من رد شهادة العبد :

١ - الشهادة ولاية ، والعبد ليس من أهل الولاية على غيره .

٢ - إنه يستغرق الزمان بخدمة سيده ، فليس له وقت يملك فيه أداء الشهادة .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٤٦ .

٣ - الرق أثر من آثار الكفر فمنع قبول الشهادة .

وهذه الأدلة كما ترى مردود عليها .

أما بالنسبة لعدم الولاية للعبد على غيره ؛ فإنه يقال : إن الولاية للقاضى فهو الذى يحكم بالشهادة ويلزم الآخرين .

وأما بالنسبة للقول : بأنه ليس لديه وقت لأداء الشهادة فهو غير مسلم ؛ لأن وقت العبد ليس مستغرقا كله بالخدمة .

وأما بالنسبة للقول : بأن الرق أثر من آثار الكفر : فإنه يقال : الكلام فيما إذا أسلم وشهد على مسلم على أن هذه الأدلة لا تعارض الأدلة الصريحة الصحيحة الواردة فى جواز قبول الشهادة من العبد .

وقد يقول البعض : لماذا نتكلم على أحكام الرقيق ونضيع فيه وقتا وهو غير موجود ؟ والجواب ما يأتى :

١ - إن الرق وإن ألغى على المستويات الرسمية إلا أنه توجد بقية منه فى بعض البيوت تحتاج إلى بيان حكمها .

٢ - الشريعة الإسلامية من سماتها أنها عامة شاملة ، جاءت لعلاج وحل مشكلات الناس جميعا ، ما حدث منها ، وما هو حادث الآن ، وماسيحدث فى المستقبل ، وهذا من إعجاز التشريع الإسلامى ، ومن صفاته البارزة ، فكان من المناسب إيجاد الحكم المناسب لكل زمان ومكان ، ولما قد يحدث فى ظن المجتهد الذى يستنبط الأحكام من النصوص .

شرط العدالة :

شرط العدالة شرط هام ، وله دخل كبير فى صحة الشهادة .

حد العدالة : حد العدالة أن يكون الشهود أحرارا ، عقلاء ، بالغين ، غير مرتكبين كبيرة ، ولا مصرين على صغيرة ، ولم يظهر منهم كذب .

وفى فتاوى أبى الليث : شرط العدالة أن يجتنب الأمور المستشنعة ، وفيه يقظة ، ولا يكون ساهى القلب ، وقال بعض الفقهاء أيضاً : العدالة هيئة راسخه فى النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقى الصغائر ، والتحاشى عن الرذائل المباحة . وقال بعضهم : المراد بها الاعتدال فى الأحوال الدينية ، وذلك بأن يكون ظاهر الأمانة ، عفيفا عن المحارم ، متوقيا عن المآثم ، بعيداً عن الريب ، مأمونا فى الرضا ، والغضب[1] .

ويقول القرافى رحمه الله : إذا تقرر هذا وأردنا ضبط ما ترد به الشهادة لعظامه ، ننظر ما وردت به السنة ، أو الكتاب العزيز بجعله كبيرة ، أو أجمعت عليه الأمة ؛ أو ثبت فيه حد من حدوده الله تعالى ؛ كقطع السرقة وجلد الشرب ، ونحوهما ، فإنها كلها كبائر قادحة فى العدالة إجماعا ، وكذلك ما فيه وعيد صرح به فى الكتاب أوالسنة فنجعله أصلا ، وننظر فيه ، فما ساوى أدناه مفسدة أو رجح عليها ، مما ليس فيه نص ألحقناه به ، ورددنا به الشهادة وأثبتنا به الفسوق والجرح ، وماوجدناه قاصراً عن أدنى رتب الكبائر ، التى شهدت لها الأصول جعلناه صغيرة ، لاتقدح فى العدالة ، ولا توجب فسوقه إلا أن يصر عليه ، فيكون كبيرة ، إن وصل بالإصرار إلى تلك الغاية ، فإنه لاصغيرة مع إصرار . ولا كبيرة مع الاستغفار ، كما قال السلف ، ويعنون بالاستغفار التوبة بشروطها ، لا طلب المغفرة مع بقاء العزم »[2] .

---

(١) معين الحكام الطرابلسى ص ٧٠ ، ٧١ .

(٢) الفروق القرافى ص ٦٦ ، ٦٧ ج ٤ .

ويقول ابن الشاط : الضابط لما ترد به الشهادة ما دل على الجرأة على مخالفته الشارع فى أوامره ، ونواهيه ، أو احتمل الجرأة ، فمن دلت قرائن حاله على الجرأة ردت شهادته ، كمرتكب الكبيرة ، المعلوم من دلائل الشرع أنها كبيرة ، أو المصر على الصغيرة إصرار يؤذن بالجرأة ، ومن احتمل حاله أنه فعل ما فعل من ذلك جرأة ، أو فلتة - توقف عن قبول شهادته ، ومن دلت دلائل حاله أنه فعل ما فعله من ذلك . أعنى ما ليس بكبيرة معلومة الكبر من الشرع - فلتة غير متصف بالجرأة - قبلت شهادته ، والله تعالى أعلم ؛ لأن السبب فى رد الشهادة ليس إلا التهمة بالاجتراء على ما ارتكبه من المخالفة ، فإذا عرى من الاتصاف بالجرأة ، واحتمال الاتصاف بها بظاهر حاله سقطت التهمة ، والله تعالى أعلم[1] .

حقيقة الإصرار :

إذاً ما هى حقيقة الإصرار الذى يصير الصغيرة كبيرة ؟ وقع البحث فيه من جماعة من الفضلاء ، فقال بعضهم : هو أن يتكرر الذنب من المذنب ، سواء كان يعزم على العود ، أم لا .

وقال بعضهم : إن تكرر من غير عزم ، لم يكن إصراراً . بأن يفعل الذنب أول مرة ، وهو لا يخطر له معاودته لداعية متجددة ، فيفعله كذلك مراراً ، فهذا ليس إصراراً ، وتارة يفعل الذنب ، وهو عازم على معاودته ، فيعاوده بناء على ذلك العزم السابق ، فهذا هو الإصرار الناقل للصغيرة لدرجة الكبيرة قال تعالى : « ولم يصروا على ما فعلوا » ويقال : فلان مصر على العداوة ، أى مصمم بقلبه عليها ، وعلى مصاحبتها ، ومداومتها ، ولا يفهم فى عرف

---

(١) إدرار الشروق على أنواء الفروق ص ٦٦ ج ٤ .

الاستعمال من الإصرار إلا العزم ، والتصميم على الشيء ، والأصل عدم النقل والتغيير ، فوجب أن يكون ذلك معناه لغة وشرعا [١] .

ويقول ابن الشاط رحمه الله تعالى : الإصرار المصير للصغيرة كبيرة مانعة من قبول الشهادة ، إنما هو المعاودة لها معاودة تشعر بالجرأة على المخالفة لا المعاودة المقترنة بالعزم عليها ؛ لأن العزم مما لا يتوصل إليه ؛ لأنه أمر باطن ؛ فإن قيل : الجرأة أمر باطن ، قلت : لم أشترط الجرأة بنفسها ، وإنما اشترطت الإشعار بها ، وهو مما يدركه من يتأمل أحوال المواقع للمخالفة ، والله تعالى أعلم [٢] .

ضابط التكرار :

سبق القول إبان الإصرار على الصغيرة الذى يصيرها كبيرة ـ هو أن تكرر الصغيرة ، ولكن ما ضابط التكرار السابق الذى ورد فيما سبق ؟

قال بعض العلماء : ينظر إلى ما يحصل من ملابسة أدنى الكبائر من عدم الوثوق فى مرتكبها ، فى أداء الشهادة والوقوف عند حدود الله تعالى ، ثم ينظر لذلك التكرر فى الصغيرة ، فإن حصل فى النفس من عدم الوثوق ما حصل من أدنى الكبائر كان هذا الإصرار كبيرة تخل بالعدالة ، وهذا يؤكد أنه لابد فيه من العزم ، فإن الفلتات من غير أن تستمر لا تكاد تخل بالوثوق . نعم قد تدل كثرة التكرار على قرار العزم فى النفس .

---

(١) الفروق للقرافى رحمه الله ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) إدرار الشروق على أنواء الفروق ص ٦٧ .

وبهذا الضابط أيضاً يعلم المباح المخل بقبول الشهادة ، فإن انعدمت الثقة في الشاهد أخل ذلك بالشهادة ، وذلك يختلف بحسب الأحوال المقترنة ، والقرائن المصاحبه ، وصورة الفاعل ، وهيئة الفعل والمعتمد في ذلك ما يؤدى إلى ما يوجد في القلب السليم من الأهواء ، المعتدل المزاج ، والعقل ، والديانة . العارف بالأوضاع الشرعية ، فهذا هو المتعين لوزن هذه الأمور ، فإن من غلب عليه التساهل في طبعه لا يعد الكبيرة شيئا ، ومن غلب عليه التشدد في طبعه يجعل الصغيرة كبيرة ، فلابد من اعتبار ما تقدم ذكره ، ومتى تخللت التوبة الصغائر فلا خلاف أنها لا تقدح في العدالة[1] .

الرشد :

أما الرشد : فاختلف فيه ، هل من شرط الشاهد أن يكون رشيداً مالكا لأمر نفسه ، فروى أشهب عن مالك أن شهادة المولى عليه جائزة ، إن كان عدلا . وهى رواية ابن عبد الحكم أيضاً عنه ، وقال أشهب :

لا تجوز شهادته ، وإن كان مثله لو طلب ماله أعطيته ، واختار ذلك محمد بن المواز ، كما قال : ولا تجوز شهادة البكر في المال حتى تعنس ، وإن كانت من أهل العدل .

اليقظة :

وأما اليقظة : فقال ابن رشد : ومن شرط جواز الشهادة أن يكون الشاهد من أهل اليقظة ، والتحرز ؛ لأنه إن كان من أهل الغفلة لم يؤمن عليه فيشهد بالباطل[2] .

---

(١) الفروق للقرافى ص ٦٧ .

(٢) تبصرة الحكام ص ٢١٧ ج ١ .

موانع قبول الشهادة

بعد أن تكلمنا على شروط الشهادة نستطيع أن نتكلم عن موانع الشهادة؛ لأن فقد شرط من شروط صحة الشهادة يعنى بطلان هذه الشهادة ، فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم ، ولا الصبى ، وخصوصا إذا كان غير مميز ، وهكذا كل من شرط لصحة الشهادة شرطاً ، ولم يتوفر هذا الشرط فإن الشهادة هذه تكون غير صحيحة .

وكذلك إذا انتفى شرط العدالة فى الشاهد مثل : مرتكب الفاحشة ، وما شبهها من الكبائر ، والإصرار على الصغائر يصيرها كبائر .

ويمكن تلخيص موانع الشاهد فيما يأتى :

١ — إذا فقد شرط من شروط صحة الشهادة ، وقد سبق الكلام على هذه الشروط .

٢ — كل وصف ، أو فعل مضاد للعدالة ، أو المروءة .

أولها : كالشرك ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق .

وكذلك الإصرار على الصغائر يصيرها كبيرة ويمنع قبول الشهادة .

٣ — يمنع قبول الشهادة أيضاً ما يأتى :

١ ـ أن يجر الشاهد لنفسه منفعة ، أو يدفع عنها مضرة ، مثل : أن يشهد على مورثه المحصن بالزنى . أو قتل العمد ، وذلك إذا كان المشهود عليه غنيا ؛ لأن الشاهد فى هذه الحالة يتهم بأنه شهد بذلك ليقتل المشهود عليه ، فيرثه الشاهد ، وهكذا كل من يجر بشهادة منفعة .

ومثل : أن يدفع بشهادته عن نفسه مضرة أن يشهد بعض من وجبت

عليهم دية الخطأ ـ يشهد هذا البعض بفسق الشهود الذين شهدوا بالقتل .

٢ ـ إذا كان الشاهد أكيد الشفقة على المشهود عليه بسبب النسب . كالأبوة ، والأمومة ، وإن علت ، فيدخل فى ذلك شهادة الجد لولده ، وكالبنوة ، وإن سفلت . وكذلك لا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ؛ لما بينهما من الشفقة الأكيدة .

٣ ـ إذا كانت الشهادة صادرة من العدو على عدوه وتقبل له ، وشرطها : أن تكون العداوة فى أمر دنيوى من مال ، أو جاه ، أو منصب ، أو خصام ، أو فى معنى ذلك بخلاف العداوة الدينية إلا أن تؤدى إلى إفراط الأذى من الفاسق المعادى ؛ لفسقه لمن غضب عليه ، وهجره لله تعالى[1] .

وفى كتاب معين الحكام ما نصه : « ولا تقبل شهادة العدو على عدوه ، إن كان غير عدل ، وإن كان عدلا قبلت ، هو الصحيح »[2] .

شهادة الشاهد على ابن عدوه :

اختلف فقهاء المالكية فى شهادة الشخص على ابن عدوه ، بمال ، أو بما لا يلحق الأب فيه معرة ، فأجازها البعض ، وإن كان الأب حيا ، والابن فى ولايته ، وقال ابن الماجشون : تجوز إذا لم يكن فى ولايته ، وقال أيضاً : لا تجوز إذا كان الأب حيا ، يريد وإن كان الإبن رشيداً ؛ لأن فيه إدخال العم على أبيه ، وحكم الأم ، والجد حكم الأب انظر ابن يونس ؛

---

(١) تبصرة الحكام على هامش فتح العلى المالك ص ٢٢٥ .

(٢) معين الحكام للطرابلسى ص ٧٣ .

فإن شهد عليه بعد موت أبيه جازت الشهادة ، وإن شهد على الأب لم تجز ، وإن كان المال قد صار للولد ، وقال ابن القاسم : لا تجوز ، إذا كان عدواً لأبيه ، وشهد بعد موته .

واختلف أيضاً ، إذا شهد على صبي فى ولاية عدوه ، فأجازها ابن القاسم ومنعها مطرف ، وابن الماجشون .

التهـــاجر :

وإن كان رجلان متهاجرين ، لم تجز شهادة أحدهما على الآخر ، فإن اصطلحا ، فقال محمد : تجوز الشهادة ، وقال مطرف ، وابن الماجشون : إن طال الصلح وصح جازت الشهادة ...

وقال ابن كنانة : إذا كانت الهجرة خفيفة عن أمر خفيف جازت الشهادة ، وقال ابن الماجشون : إن سلم عليه ولم يكلمه لم تجز شهادته ، وقال مطرف وابن الماجشون : ولو شهد شاهدان على صبي بجرح - لعله يقصد بجراحه توجب مالا - وهما عدوان لوصيه - لم تجز شهادتهما ؛ لأن ذلك يصـــير فى مال الصبي ، ومال الصبي تحت يد الوصى فكأنهما شهدا على الوصى .

وكذلك لو شهد شاهدان على ميت بمال ، وهما عدوان لوصيه لم تجز شهادتهما لأنهما يخرجان ما بيد الوصى ، وبينهما وبين الوصى عداوة .

٤ — إذا كان الشاهد حريصاً على زوال التعبير . وذلك بوجهين :

أحدهما : إظهار براءة نفسه مثل : أن يشهد ، فترد شهادته لفسقه ، ثم يشهد بتلك الشهادة بعد أن صار عدلا ، فترد شهادته ؛ لاتهامه بدفع عار

التكذيب ، ورد شهادته فيما سبق ، وكذلك إذا ردت لكفره ، أو صباه ، أو رقه .

ثانيهما : قصد التسلي والتأسي : كشهادة المقذوف في القذف ، وشهادة ولد الزنى في الزنى .

٥ — إذا كان الشاهد حريصاً على تحمل الشهادة ، أو أدائها أو قبولها .

أما التحمل فهي : شهادة المختفي ليسمع مايقوله الشخص ثم يشهد بذلك .

وأما الحرص على الأداء : فمثل أن يبدأ بالشهادة قبل طلب صاحبها وهو حاضر ، والحق مالي ، فإذا أداها سقطت الشهادة ، وينبغي أن يعلم صاحبها بها ، إن علم أنه غير عالم بها ، ولو كان صاحبها غائباً ففي وجوب القيام بالشهادة قولان .

وأما الحرص على قبول الشهادة : فهو أن يحلف على صحة شهادته إذا أداها ، وذلك قادح فيها ؛ لأن اليمين دليل على التعصب ، وشدة الحرص على نفوذها . وقال بعض الفقهاء : إلا أن يكون الشاهد من جملة العوام ، فإنهم يتسامحون في ذلك ، فينبغي أن يعذروا ما لم تقم قرينة تدل على التعصب ، وكذلك لو خاصم الشاهد المشهود عليه ، فإن ذلك دليل على التعصب ، وذلك موجب لافتقاره إلى من يشهد له بصحة ما خاصم فيه ، وهذا إذا كان في حق آدمي .

٦ — إذا كانت الشهادة فيها استبعاد لصحة وقوع ما شهد به الشاهد ، كشهادة البدوي على القروي . قال ابن عبد الحكم : تأوله مالك أن على المراد به الشهادة في الحقوق والأموال ، ولم يرد الشهادة في الدماء ، وما في معناها مما تطلب به الخلوات . فلذلك قلنا : لا تجوز شهادة البدوي على

الحضرى ، ولا شهادته له فى الحقوق التى يمكن الإشهاد عليها فى الحضر دون الجراح والقتل .

وقال اللخمى : تجوز فى القذف ، والجراح ، والقتل ، وفى المال ، والنكاح ، إذا قال : مررت بهما ، أو كنت جالساً فسمعته يقر له بكذا ، أو باع منه كذا ، أو تنازعا فى النكاح فأقر بالعقد ، ولا تجوز فى الوثائق . . . ولا فيما يقصد فيه الاهتمام بالشهادة ، إلا أن يعلم مخالطته لهما ، أو يجمعهم سفر ، وكذلك الشهادة بين حضرى وبدوى .

شرط التبريز فى العدالة

عشر مسائل يشترط فيها التبريز فى العدالة عند ابن القاسم :

١ — شهادة الأجير لمستأجره ، إذا لم يكن فى عياله .

٢ — شهادة الأخ لأخيه بمال .

٣ — شهادة المولى لمن أعتقه .

٤ — شهادة الصديق الملاطف لصديقه .

٥ — شهادة الشريك المفاوض لشريكه ، فى غير مال شركة المفاوضة .

٦ — شهادة المنفق عليه للمنفق .

٧ — إذا زاد فى شهادته ، أو نقص منها بعد أن شهد بها .

٨ — إذا سئل عن شهادة فى مرضه ، فقال : لا أعرفها ، ثم شهد بها بعد ذلك ، وذكر الوجه الذى امتنع به من الشهادة فى مرضه .

٩ — شهادة الصناع لمن يكثر من استعمالهم ؛ للتهمة فى جر الأعمال إليهم وتوقيفها عليهم .

١٠ — الشهادة للصانع ، إذا كان مثله يرغب فى عمله ولا عوض عنه[١] ومعنى ذلك : أن الشهادة إذا وجد بها ما يشعر التهمة ، أو يدعو إلى الريبة فإنها لا تقبل .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكى ص ٢٢٧ .

أمور على الشاهد مراعاتها

١ — ينبغى التنبه ، والتحفظ من الغفلة فى الشهادة والمسامحة التى جرت بها العادة ، والتى تؤدى إلى أمور منكرة ، وذلك بالنسبة للشخص ، أو الأمر المشهود عليه .

٢ — ولا ينبغى للشاهد أن يشهد فى كتاب مختوم ؛ لأنه لا يدرى ما فيه ولعله لا يكون فيه شىء أصلا ، أو اعل فيه ما لا يحل سماعه من المحظورات ، فإن وثق بصاحبه ، وأمن مما ذكرناه ، ودعته الثقة به إلى الشهادة ، ففى جواز الإقدام على ذلك خلاف .

قال المازرى : وإن دفع رجل إلى الشهود صحيفة مطوية وقال لهم دافعها: اشهدوا على بما فيها ، ولم يعرف الشهود ما تضمنته فإن القاضى عبد الوهاب ذكر أن فى هذا روايتين عن مالك بجواز الشهادة وقبولها ، وبالمنع من ذلك . ورجح القاضى إسماعيل الجواز ، وفى مختصر أبى بكر الوقار لا يجوز للشهود أن يشهدوا بما فيها إلا أن يكون كل منهم ختم عليها ختما يعرفه ، فإن كانت عند أحدهم ، ولم يختم عليها إلا هو لم يجز لهم أن يشهدوا بما فيها ، ولا يشهد فيها إلا هو ؛ لاحتمال الزيادة فيها ، والنقص منها .

وينبغى للشاهد إذا جىء إليه بكتاب ليشهد فيه أن يقرأ جميع ما فيه ليعرف الخطأ إن كان فيه من الصواب ، والصحيح من السقيم ، فيعرف ما يشهد عليه ولتكن قراءته إياه على المشهود عليه ، وكذلك ينبغى له تجنب الشهادة على النساء اللاتى ليس له بهن خلطة ، لأنه لا تنضبط معرفة المعروفة منهن ، فكيف بالمجهولة ، والتى لا يراها الشاهد فى عمره إلا مرة ؟ ولذلك قال مالك : «وتكشف من لا تعرف ؛ ليشهد على رؤيتها ، ويتثبت فى شخصها» .

٣ — وكذلك ينبغى أن يتحفظ من التزوير عليه فى الخط ، فقد هلك بذلك خلق عظيم ، وكذلك ينبغى له أن يتأمل الأسماء التى تنقلب بإصلاح يسير ، فيتحفظ من تغييرها . نحو مظفر ، فإنه ينقلب مظهر ، ونحو بكر ، فإنه ينقلب بكير ، ونحو صقر ، فإنه يجىء ظفر ، فيكون فى أصل الكتاب « صقر بن ظفر » مثلا فيصلح « ظفر بن مظهر » ونحو « عائشة » فإنه يسهل تعديله إلى « عاتكة » ويجىء منه أيضاً « فاطمة » ويجىء من زادان « شادان » ويجىء من « ياقوت » « يعقوب » ويجىء من « جميل » « كميل » ويجىء منه أيضاً « خليل » ويجىء من « عبد المجيد » « عبد الحميد » وهكذا .

وقد يكون آخر السطر بياضا ، فيمكن أن يزاد فيه شىء ، كما لو كان آخره « بكر » فيزاد فيجعل « بكران » أو يكون « عمر » فيجعل « عمران » ، وكذلك ينبغى له أن يحذر من أن يتم عليه زيادة حرف فى الكتاب ، فقد تغير الألف المعنى إذا زيدت . مثاله : أن يقر رجل بألف درهم لرجل ، فيكتب فى الوثيقة . أقر أن له عنده ألف درهم ، فإن لم يذكر نصف المبلغ أمكن زيادة ألف . فصارت ألفا درهم ، وكذلك لو كان فى الوثيقة أنه أقر بألف درهم لزيد وعمر ، فإذا زيدت ألف بين زيد ، وعمر صارت أقر بألف لزيد أو عمر ، فبطل الدين من أصله ؛ لأن الألف لم يجزم بها لواحد منهما ، وكذلك ينبغى للشاهد أن يتفقد حواشى الكتاب ، فقد يبقى منها ما يمكن أن يزاد فيه ما يغير حكم الكتاب كله ، أو بعضه .

وإن شهدت فى كتاب سليم من الآثار ، ثم وجدت فيه أثرا حين الأداء فإن كانت مقاصد الكتاب قد سلمت أقمت الشهادة ، وقلت : خلا مواضع الآثار ، وهى كذا ، وكذا موضعا وتقول : إنها كانت سليمة يوم وضع

الشهادة ، وإن كان الغرض فى موضع يحيل معنى من مقاصد الكتاب ، فلا تشهد أصلا ، وإذا كنت أول من يشهد فى كتاب فانظر آخر حرف من آخر الكتاب ، فاكتب فيما يليه بغير فرجة تتركها بين شهادتك وبين آخر حرف من الكتاب لئلا يغير فى الكتاب شىء ، ويعتذر عنه فى تلك الفرجة ، فإن كانت ضيقة ، لا تسع الشهادة فسدها بعبارة « حسبنا الله » أو « الحمد لله » وانو ذكر الله تعالى .

وإذا كان آخر السطر من الكتاب قد استوفى آخر السطر ، ولم تبق فرجة فى السطر ، وكنت أول من يشهد فاكتب فى أول سطر يلى الكتابة يمنة الكتاب ، ولا تكتب يسرته ، فتبقى فرجة ، هى بعض سطر ، فيكتب المستفيد اعتذارا عن إلحاق ، أو كشط ، أو غير ذلك .

وإذا شهد قبلك شهوداً ، ثم جىء إليك بالكتاب فتأمل شهادة أولهم ، فإن كان بينها ، وبين آخر حرف من الكتاب فرجة ، يمكن أن يكتب فيها شىء فاملأ تلك الفرجة بما يقطع الطريق على المزورين ، ويمكن أن تكتب كلمة « صح صح » حتى تملأ الفرجة .

وينبغى للشاهد ، إذا شهد فى وثيقة أن يتأمل تاريخ المسطور ، وتاريخ الوقائع ، وينظر فى عدد السنين والشهور والأيام ، وعدد الدراهم ، والدنانير فإن منها ما يمكن تغييره بسهولة ، ولقد أجاد من يجعل فى المسطور كذا ، وكذا دينارا نصفها كذا ، وكذا ، وبعضهم يزيد ، وربعها كذا ، وكذا .

وعليه أن يحترز من الحبر الذى يمكن محوه بسهولة والورق الذى يمكن فيه التلاعب[1] .

---

(١) تبصرة الحكام ص ٢٣٢ . ٢٣٣ ، معين الحكام ص ٧٥ ، ٧٦ .

وعلى القاضى أيضاً التنبه لهذا ، ولكل ما يدل على حدوث تزوير فى الشهادة ، أو الوثيقة ، أو غيرهما .

وإلى هنا تكون قد ألقينا الضوء على بعض العناصر الهامة فى الشهادة . نظراً لأن الشهادة طريق هام من طرق إثبات الدعاوى فى الشريعة الإسلامية .

وأعتقد الآن أنه آن الأوان للكلام على حجج الدعاوى فى الشريعة الإسلامية ؛ لبيان أن الشريعة الإسلامية قد بلغت القمة فى المحافظة على مصالح الإنسان ورعاية حقوقه حيثما وجدت ، وإليك البيان :

الحجج القضائية

الحجة الأولى :

أربعة شهود : وذلك فى الشهادة على إثبات الزنى ، وهى على أربعة أوجه :

الوجه الأول : الشهادة على رؤية الزنى عيانا ، فهـذا الوجه هو المتفق على أنه لابد فيـه من أربعة شهود . لقوله تعـالى : « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » .

الوجه الثـانى : الشهادة على الإقرار به ، ولو مرة عند المالـكية . وعند الحنفية : الحد لا يتعلق بالإقرار حتى يقر أربع مرات فى أربعة مجالس مختلفة من مجالس المقر .

ولو أقر بالزنى مرتين ؛ وشهد عليه أربعة عدول بالزنى ذكر أنه لا يحد عند أبى يوسف ، وعند محمـد يحد[1] ، وإنما لا يحد عند أبى يوسف ، لأن الإقرار بالزنى عنده لابد أن يكون أربع مرات أسوة بالشهادة ، وقد أقر مرتين فقط بالزنى ، وعند محمد لا يلزم أن يقر أربع مرات بل يكفى أن يقر مرتين ، وعلى هذا نشأ الخلاف .

الوجه الثالث : الشهادة على الشهادة بالإقرار ، وقد حدث خلاف فى ذلك . فقيل : يكفى اثنان يشهدان على شهادة كل واحد من الأربعة ، وقيل : لا يكفى إلا أربعة يشهدون على شهادة كل واحد من الأربعة ، فيكون الشهود ستة عشر ، وقيل : يكفى أربعة يشهدون على شهادة كل واحد من الأربعة الذين شهدوا على المعاينة .

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ٩٠ .

ولو لم يعرف القاضى أحد الشهود ، فقد حدث خلاف : هل يكتفى فى تعديله باثنين ، أو لابد من أربعة ؟

الوجه الرابع : الشهادة على كتاب القاضى بثبوت الإقرار ، والحكم به ، واختلاف فى ذلك أيضاً : هل يكفى فى الشهادة على كتاب القاضى بثبوت الإقرار ، والحكم به ـ هل يكفى اثنان ، أو لابد من أربعة ؟[1] .

ويشترط فى الشهادة على الزنى أن يكونوا أربعة رجال عدول يشهدون بالزنا على واحد ، أو واحدة ، أو عليهما مجتمعين فى أداء الشهادة ، غير متفرقين يشهدون بأنه أدخل فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة ، وجاز النظر إلى الفرج بقصد تحمل الشهادة ، ولا يجوز هنا شهادة النساء لأن شهادة النساء فى الحدود لا تجوز ؛ لورود النص بذلك ولا يثبت الزنى بغير ذلك من طرق الإثبات .

الحجة الثانية :

رجلان عدلان ، ولا تجوز شهادة النساء فيه ؛ ولا طريق آخر من طرق الإثبات ، وذلك فيما ليس بمال ، ولا آيل إلى المال .

مثال ذلك : العتق ، والطلاق ، والعفو عن القصاص والوصية بغير المال والرجعة ، والاستلحاق فى النسب ، والإسلام ، والردة ، والإحصان ، والنكاح ، والوكالة فى غير المال ، والخلع[2] .

وعند الحنفية : يلزم شهادة رجلين : فى الحدود ، والقصاص ومثله ردة

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

(٢) الخرشى ج ٧ ص ٢٠٠ .

مسلم وكذلك الشهادة على كافر بأنه كان مسلماً ، ويشترط فى المشهود عليه هنا أن يكون ذكراً ؛ لأن المرأة المرتدة لا تقتل عند الحنفية وإنما لا تقبل شهادة النساء هنا ؛ لحديث الزهرى : «مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص» ولأن فى شهادة النساء شبهة البدلية عن شهادة الرجال ، فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات[1] .

النوع الثالث : (شاهدان : رجلان ، أو رجل وامرأتان ، أو شاهد رجل ويمين المدعى) وذلك فى الأموال ، وحقوقها . بأن كان المشهود به المال أو ما يؤول إليه ، فإنه يكفى فيه العدل ، والمرأتان ، أو أحدهما مع يمين المدعى ، وذلك كالأجل . بأن يقول البائع : بعت على النقد ، ويقول المشترى : بل اشتريت إلى أجل وسواء وقع الخلاف فى ابتدائه أودوامه ، أو انقضائه وانصرامه . ومنها الخيار : بأن يقول البائع : بعت على البت . ويقول المشترى : إنما وقع البيع على الخيار ؛ لأن البيع على الخيار مما يؤول إلى المال ؛ لأن الثمن يقل ويكثر بالبت والخيار ، ومنها الشفعة بأن يقول المشترى للشريك : أسقطت شفعتك ، ويقول الشفيع : لم أسقطها ، وكذا ما يتعلق بالشفعة من أخذ وترك ،وغيبة الشفيع ، وغير ذلك ، ومنها الإجارة بأن يقول المستأجر : أجرتنى بكذا مدة كذا ، ويقول المالك : لم يقع ذلك منى ، ومنها جرح الخطأ : بأن يقول المجروح لشخص مكلف : أنت جرحتنى وينكر الآخر ، ومنها جرح العمد الذى فيه مال ، كالجرح الذى يصل إلى الجوف الذى لا يقتص فيه ، ومنها الإيصاء بالتصرف فى المال ، سواء جعل

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ٧٢ ، ٧٣ .

ذلك له فى حياته ، أو بعد وفاته لكن قبل وفاته يكون وكالة ، وبعدها يكون إيصاء على ما قال[1] .

القضاء بالشاهد ويمين المدعى :

اختلف الفقهاء فى جواز القضاء بشاهد ، ويمين المدعى على قولين :

القول الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء . منهم : الشافعية والمالكية ، وفقهاء الحديث ، فقد أجازوا للقاضى أن يقضى بشاهد ويمين واستدلوا على ذلك بالآتى :

أولا بالسنة :

عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بيمين وشاهد » رواه أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه . وفى رواية لأحمد إنما كان ذلك فى الأموال .

وعن جابر « أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » رواه أحمد ، وابن ماجه والترمذى ، ولأحمد من حديث عمارة بن حزم ، وحديث سعد ابن عبادة مثله وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين على « أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق ، وقضى به أمير المؤمنين على بالعراق » رواه أحمد والدارقطنى وذكره الترمذى.

وعن ربيعة عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باليمين مع الشاهد الواحد » رواه ابن ماجه والترمذى ، وأبو داود ، وزاد قال عبد العزيز الدراوردى فذكرت ذلك

---

(١) الخرشى جـ ٧ ص ٢٠١ .

لسهيل فقال : أخبرنى ربيعه ، وهو عندى ثقة أنى حدثته إياه ، ولا أحفظه. قال عبد العزيز : وقد كان أصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه ، فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه .

وعن سرق « أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة الرجل ، ويمين الطالب » رواه ابن ماجه .

حديث ابن عباس قال فى التلخيص قال فيه الشافعى : وهذا حديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره ، مع أن معه غيره مما يشده ، وقال النسائى : إسناده جيد . وقال البزار : فى الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس ، وقال ابن عبد البر : لا مطعن لأحد فى إسناده[1] .

ثانياً : الشاهد واليمين إذا نضم كل منهما للآخر كانا حجة أقوى من مجرد نكول المدعى عليه الذى يقضى به الحنفية ، والنكول قد يكون بسكوت المدعى عليه ، بعد أن يعرض القاضى اليمين عليه ثلاث مرات ، فيقضى القاضى بذلك السكوت ، وكما يقولون : لا ينسب لساكت قول[2] ، وإذا كان يقضى بالنكول وهو بهذه المنزلة فأولى أن يقضى بالشاهد واليمين وهما أقوى من النكول .

القول الثانى : ذهب إليه أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد وزفر ، وابن شبرمة وقالوا : لا يقبل شاهد ويمين فى شىء .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٩ ص ١٩٠ ، ١٩١ ، سبل السلام للصنعانى جـ٤ ص ١٤٨٢ه فتح البارى جـ ٥ ص ٢٨٢ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٩٩ ، معين الحكام الطرابلسى ص ٩٧ .

واستدل الحنفية ومن معهم بما يأتى :

أولا : القرآن الكريم :

قال تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » . وهـــذا يوجب بطلان القول بالشاهد واليمين ؛ وذلك لأن قوله تعالى « واستشهدوا » يتضمن الإشهاد على عقود المداينات التى ابتدأ فى الخطاب بذكرها ، ويتضمن إقامتها عند الحاكم ولزوم الحاكم الأخذ بها ، وإذا كان كذلك فالظاهر يقتضى الإيجاب ؛ لأنه أمر ، وأوامر الله على الوجوب فقد ألزم الله الحاكم الحكم بالعدد المذكور كقوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين جلدة » ولم يجز الاقتصار على ما دون العدد المذكور . كذلك العـدد المذكور للشهادة غير جائز الاقتصار فيه على ما دونه ، وفى تجويز أقل منه مخالفة الكتاب ، كما لو أجاز مجيز أن يكون حد القذف سبعين ، أو حد الزنى تسعين ، كان ذلك مخالفا للآية ، وأيضاً قد انتظمت الآية شيئين من أمر الشهود :

أحدهما : العدد ، والآخر : الصفة ، وهى أن يكونوا أحراراً مرضيين لقوله تعالى « من رجالكم » وقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » فلما لم يجز إسقاط الصفة المشروطة لهم ، والاقتصار على ما دونها ، لم يجز إسقاط العدد . إذ كانت الآية مقتضية لاستيفاء الأمرين فى تنفيذ الحكم بها ، وهو العدد ، والعدالة ، والرضا فغير جائز إسقاط واحد منهما ، والعدد أولى بالاعتبار من العدالة والرضا ؛ لأن العدد معلوم من جهة اليقين ، والعدالة إنما نثبتها عن طريق الظاهر ، لا من طريق الحقيقة . فلما لم يجز إسقاط العدالة المشروطة من طريق الظاهر ، لم يجز إسقاط العدد المعلوم من جهة الحقيقة ، واليقين .

وأيضاً : لما طلب الله تعالى الاحتياط فى إجازة شهادة النساء أوجب شهادة المرأتين ، وقال : « أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » ثم قال : « ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا » فنفى بذلك أسباب التهمة والريب والنسيان ، وفى مضمون ذلك ما ينفى قبول يمين الطالب والحكم له بشاهد واحد ؛ لما فيه من الحكم بغير ما أمر به من الاحتياط ، والاستظهار ، ونفى الريبة ، والشك ، وفى قبول يمينه أعظم الريب ، والشك ، وأكبر التهمة ، وذلك خلاف مقتضى الآية .

ثانيا : السنة الشريفة :

قول النبى ﷺ : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وفرق بين اليمين والبينة ، فغير جائز أن تكون اليمين بينة ؛ لأنه لو جاز أن تسمى اليمين بينة ـ لكان بمنزلة قول القائل : البينة على المدعى ، والبينة على المدعى عليه . وقوله ﷺ « البينة » اسم جنس فاستوعب ما تحتها فما من بينة إلا وهى التى على المدعى ، فإذاً لا يجوز أن يكون عليه اليمين .

وأيضاً : لما كانت البينة لفظا مجملا ، قد يقع على معان مختلفة ، واتفقوا أن الشهادتين ، والشاهد والمرأتين مرادون بهذا الخبر ، وأن الاسم يقع عليهم صار كقوله : الشاهدان ، أو الشاهد والمرأتان على المدعى . فغير جائز الاقتصار على ما دونهم ، وهذا الخبر ، وإن كان وروده من طريق الآحاد ، فإن الأمة قد تلقته بالقبول ، والاستعمال فصار فى حيز المتواتر .

وأيضاً قوله ﷺ « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم » ، فحوى هـــذا الخبر ضربين من الدلالة على بطلان القول بالشاهد ، واليمين :

أحدهما : أن يمينه هي دعواه ؛ وبخبرها ، وبخبر دعواه واحد ، فلو استحق بيمينه كان مستحقا بدعواه وقد منع النبي ﷺ ذلك .

والثاني : أن دعواه لما كانت قوله ، وقد منع النبي ﷺ أن يستحق بمجرد الدعوى شيئا ـ فإنه لم يجز أن يستحق بيمينه ، لأن يمينه هي قوله ، والمعنى أن اليمين على الدعوى تكرار الدعوى ، والدعوى المجردة لا يقضى بها فكذلك اليمين .

وأيضاً : حديث علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه في الحضرمي الذي خاصم الكندي في أرض ادعاها في يده ، وجحد الكندي فقال النبي ﷺ للحضرمي ، شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك ، فنفى النبي ﷺ أن يستحق شيئا بغير شاهدين ، وأخبر أنه لا شيء له غير ذلك .

اعتراض ورده :

فإن قيل : هذا الحديث الشريف لا ينفي أن يستحق بإقرار المدعى عليه ، فكذلك لا ينفي أن يستحق بشاهد ويمين .

والجواب أن يقال : إن المدعى عليه كان جاحداً فبين النبي ﷺ حكم ما يوجب دعواه عند الجحود ، وأما حال الإقرار فلم يجر لها ذكر .

وأيضاً : قد ثبت بالإجماع وجوب الاستحقاق بالإقرار لحكمنا به ، والشاهد واليمين مختلف فيه ، وقد جاء الحديث السابق ببطلانه[1] .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥١٤ ، ٥١٥ .

رد الحنفية :

يقول الحنفية : المانع من قبول الأخبار السابقة ، وإيجاب الحكم بالشاهد واليمين - وجوه :

أحدها : فساد طرقها ؛ لأن عمرو بن دينار لا يصح له سماع من ابن عباس ، فلا يصح لمخالفنا الاحتجاج به .

وحديث سيف بن سليمان غير ثابت ، لضعف سيف بن سليمان ، ولأنه لما ذكر هذا الحديث لسهيل قال : أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة أني حدثته إياه ، ولا أحفظه ، قال عبد العزيز : وقد كانت أصابت سهيلا علة أزالت بعض عقله ، ونسي بعض حديثه ، فكان سهيل يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه ، ومعنى عنـــه أي عن سهيل ، ومثل هـذا الحديث لا تثبت به شريعة مع إنكار من روى عنه إياه ، وفقد معرفته به ، فإن قال قائل : يجوز أن يكون رواه ، ثم نسيه ، قيل له : ويجوز أن يكون قد وهم فيه ، وروى ما لم يكن سمعه ، وقد علمنا أنه كان آخر أمره جحوده ، وفقد العلم به .

وأما حديث جعفر بن محمد فإنه مرسل ، وقد وصله عبد الوهاب الثقفي وقيل : إنه أخطأ فيه فذكر فيه جابراً ، وإنما هو عن أبي جعفر محمد بن علي عن النبي ﷺ .

وعن عبد الرحمن بن سيا قال : حدثنا عبد الله بن أحمد قال : حدثني أبي قال : حدثني عبد الرزاق قال : حدثني معمر عن الزهري في اليمين مع الشاهد قال : « هذا شيء أحدثه الناس » .

وروى محمد بن الحسن عن ابن أبي ذئب قال : سألت الزهري عن شهادة شاهد ، ويمين الطالب فقال : ما أعرفه وإنها لبدعة ، وأول من قضى به معاوية ، والزهري من أعلم أهل المدينة في وقته ، فلو كان هذا الخبر ثابتا كيف كان يخفى مثله عليه ؟

ثانيا : من أسباب منع قبول هذه الأخبار رد نص القرآن الكريم لها - كما سبق - ولا يجوز القول : بنسخ الآية الكريمة بخبر الآحاد ، لأن المتواتر ، لا ينسخ بخبر الآحاد ، والقرآن الكريم متواتر .

ثالثا : لو سلمت هذه الأخبار من الطعن والفساد لما دلت على قول المخالف ؛ لأن ذلك محتمل أن يريد به أن وجود الشاهد الواحد لا يمنع استحلاف المدعى عليه إن طلب من المدعى عليه ذلك[١] .

وأيضاً : فإن الشاهد قد يكون اسما للجنس فجائز أن يكون مراد الراوي أنه قضى باليمين في حال، وبالبينة في حال،وجائز أن يكون قضى بشاهد واحد وهو خزيمة بن ثابت الذي جعل شهادته بشهادة رجلين ، فاستحلف الطالب مع ذلك ، لأن المطلوب ادعى البراءة .

رابعا : احتماله لموافقة مذهب الحنفية ، وذلك بأن تكون القضية فيمن اشترى شيئا ، وادعى به عيبا ، وكان هذا العيب يكفي في إثباته شهادة شاهد واحد - فإن المشتري مع ذلك يحلف بالله ما رضي بهذا العيب ، فيكون قد قضى بالرد على البائع بشهادة شاهد مع يمين الطالب وهو المشتري ، وإذا كان خبر الشاهد ، واليمين محتملا لما وصفنا وجب حمله عليه ، وأن لا يزال به حكم ثابت من جهة نص القرآن الكريم .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥١٨ .

وأيضاً : فإن القضية المروية فى الشاهد ، واليمين ليس فيها أنها كانت فى الأموال أو غيرها ، وقد اتفق الفقهاء على بطلان الأخذ بالشاهد واليمين فى غير الأموال ، فكذلك فى الأموال ، وما ورد أن ذلك فى الأموال فهو من قول عمرو بن دينار ومذهبه .

ويقال : أرأيت لو كان المدعى امرأة هل تقيم يمينها مقام شهادة رجل ؟

وأيضاً : شهادة الكافر غير مقبولة على المسلم فى عقود المداينات ، وكذلك شهادة الفاسق غير مقبولة ثم إن كان المدعى كافراً أو فاسقاً ، وشهد معه شاهد واحد - استحلفوه ، واستحق ما يدعيه بيمينه على مقتضى مذهبهم وهو لو شهد مثل هذه الشهادة لغيره وحلف عليها خمسين يميناً لم تقبل شهادته ولا أيمانه ، وإذا ادعى لنفسه وحلف استحق ما ادعى بقوله مع أنه غير مرضى ، ولا مأمون فى شهادته ، ولا فى أيمانه وفى ذلك دليل على بطلان قولهم ، وتناقض مذهبهم .

الذى أميل إليه :

عرضت فيما سبق أدلة الطرفين ، ورد الحنفية على الجمهور ، والذى أميل إلى الأخذ به ما ذهب إليه الجمهور من أن الشاهد ، ويمين المدعى حجة يقضى القاضى بها ، وذلك لما يأتى :

١ — لصحة الحديث الوارد فى ذلك . قال فى التلخيص :

ذكر ابن الجوزى فى التحقيق عدد من رواه ، فزاد على عشرين صحابياً ، وأصح طرقه حديث ابن عباس ، ثم حديث أبى هريرة[1] . والحنفية إن لم يرتضوا بعض طرقه فالحديث قد ثبت من طريق آخر ، كما سبق .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٩ ص ١٩٢ .

٢ — الحنفية يقولون بالقضاء بمجرد نكول المدعى عليه ، وبالنسبة لاختلاف الزوجين بعد الطلاق فى متاع البيت فإنهم يقولون : ما يعرف أنه للرجال فهو للرجال ، وما يعرف أنه للنساء فهو للنساء ، فقد حكموا بالعرف أو بالظاهر .

ويبدو لى أن الشاهد ، واليمين يكونان حجة هى أقوى من الحكم بالعرف أو بالظاهر .

٣ — يقولون : بأن الأخذ بحديث الشاهد واليمين يؤدى إلى نسخ الآية الكريمة التى نصها : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ؛ لأن ما ورد به الحديث يكون زيادة على نص الآية الكريمة والزيادة على النص نسخ .

والجواب على ذلك بأن يقال : الزيادة على النص بنص لا يكون نسخاً ، بل هى زيادة مستقلة بحكم مستقل إذا ثبت سنده وجب القول به .

٤ — أما التأويلات التى ذهبوا إليها بالنسبة للحديث فهى بعيدة عن الظاهر ، ولا يدل عليها دليل ، ويقلل من فائدة الحديث الأخذ بها .

٥ — أما ما استشكلوا به من أنه إذا كان المدعى امرأة أو كافراً ، أو فاسقاً ، فهذه مسألة أخرى فرعية والكلام على الأصل .

مطلب

فى النوع الرابع من الحجج

(النوع الرابع من الحجج يشمل القضاء بشاهد ، وامرأتين ، ونكوله المدعى عليه عن اليمين المردودة ، والقضاء باليمين الرافعة للدعوى ، واليمين المنقلبة) .

وذلك يجرى فى كل موضع يقبل فيه الشاهد ، واليمين ، والمرأتان ، واليمين ، أى فى الأموال ، وما يؤول إلى الأموال - كما سبق .

وصورة ذلك : أن يشهد على المدعى عليه شاهد وامرأتان ، فإذا توجهت اليمين بعد ذلك على المدعى وردها على المدعى عليه ، فإن نكل عن اليمين قضى بنكوله وليس له أن يردها على المدعى ؛ لأن اليمين المردودة لا ترد ، وتسمى اليمين فى هذه الحالة اليمين المردودة ولو لم يردها المدعى ، وحلف المدعى مع الشاهد والمرأتين قضى للمدعى بذلك ، أما إذا لم يحلف المدعى ولم يرد اليمين على المدعى عليه ، فإن الحكم يوجب انقلابها على المدعى عليه ، فإن حلف المدعى عليه برىء وإن نكل قضى عليه بما ادعاه المدعى .

وأما القضاء باليمين الرافعة للدعوى : فصورة ذلك أن يدعى رجل على رجل حقا ، وليس له بينة على ذلك فينكر المدعى عليه فتتوجه عليه اليمين على نفى ما ادعى به المدعى ، فهذه هى اليمين الرافعة للدعوى ، فإن حلف برىء . وأما القضاء باليمين المنقلبة :

فهى أن يطلب المدعى عليه باليمين الرافعة للدعوى فينكل عنها - يمتنع عنها - فتنقلب اليمين على المدعى ، فيحلف ، ويستحق - وكذلك قد تنقلب

اليمين على المدعى عليه ـ كما سبق ـ فإن نكل المدعى حين انقلبت عليه اليمين فلا شيء له .

وجد المدعى عليه بينه بعد الحكم :

فإن حلف المدعى حين نكل المدعى عليه ، وأخذ ما ادعاه ، ثم إن المدعى عليه وجد بينه ببراءته من ذلك نفسه ذلك واستعاد ما أخذه منه المدعى[1] .

امتنع المدعى من اليمين مع الشاهد :

إذا امتنع المدعى من اليمين مع الشاهد ، وحلف المدعى عليه ثم وجد الطالب شاهداً آخر ، فقيل : يضم إلى شاهده الأول ، وتبطل يمين المطلوب ـ أى المدعى عليه ـ رواه ابن الماجشون عن مالك ، وقيل : إن ذلك ليس له لأن الطالب قد كان له أن يحلف مع شاهده الأول ، فلما أبى ذلك لم يكن له بعد ذلك الرجوع فى ذلك ولا اعتداد له بشاهد آخر ، وإنما يكون هذا فيما ليس فيه اليمين مع الشاهد ، مثل : المرأة تقيم شاهداً على طلاق زوجها إياها ، فينكر الزوج ، ويحلف على نفى دعوى الزوجة ، ثم تجد الزوجة بعد ذلك شاهداً آخر ، فإنه يضم إلى شاهدها الأول ، ويبطل يمين الحالف ، قال ابن الماجشون : وبهذا أقول ، وهو الحق إن شاء الله .

وقيل : إن جاء المدعى بشاهدين سوى الأول قضى له بهما ، وإلا فلا ، وقيل : إن جاء بشاهدين قضى له بهما ، وإن جاء بشاهد استؤنف الحكم ،

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٧٢ .

فيحلف معه . وهذا الاختلاف إذا لم يعلم بشهادة الثانى ، أو كان الشاهد الثانى بعيد الغيبة[1] والذى أفهمه من النص السابق ـ أنه إذا علم بشهادة الثانى ، وكان الشاهد الثانى موجوداً فى بلد التقاضى ، أو غاب الشاهد الثانى غيبة قريبة ـ فإن الحكم الذى قاله الفقهاء سابقا يتغير ، وينعدم الاختلاف بينهم ، فيؤخذ بالحجة الأولى ، ولا عبرة بالشاهد الثانى والله أعلم .

إقامة السبب المقوى الدعوى مقام الشاهد :

الأصل فى هذا المقام إقامة السبب المقوى للدعوى مقام الشاهد الواحد ، وبيان ذلك : أن الدعوى إذا لم تقم عليها بينة ، ونكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعى حلف ، واستحق حقه ، وذلك باجتماع نكول المدعى عليه ، ويمين المدعى ، فكما وجب اليمين مع الشاهد ، وجب اليمين مع النكول ، فالنكول سبب يقوم مقام الشاهد الواحد ، واليمين تقوم مقام الشاهد الآخر ، فيستحق بذلك حقه ، كما تستحق بالشاهدين ، فإن نكل المدعى عن اليمين فلا شىء له ، وإن أقام على الدعوى شاهداً ، فنكل الذى قام له الشاهد حلف المدعى عليه ، وبرىء ؛ لأن يمينه تكافىء شاهد المدعى ، فيسقط الطلب ، فإن نكل المدعى عليه بعد رد اليمين عليه ألزم بالحق ، لأن نكوله سبب ثان يقوى دعوى المدعى ، فوجب الحق لاجتماع السببين كما يجب الحق باجتماع الشاهدين .

وحاصل هذا الموضوع : أن الحق لا يثبت بسبب واحد كما لا يثبت بشاهد واحد ، فيتلخص من هذا صورتان :

الأولى : نكول المدعى عليه عن اليمين الرافعة الدعوى حيث لا توجد

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ .

بينة للمدعى ، فينقلب اليمين عـــلى المدعى ، فإن حلف استحق ، وإلا فلا شىء له .

الثانية : أن يكون على الدعوى شاهد ، فينـكل المدعى عن اليمين مع شاهده ، وترد اليمين على المدعى عليه ، فإن حلف المدعى عليه برىء ، وإن نـكل لزمه الحق[1] ؛ لأنه إذا نـكل المدعى عليـه . فهذا أمر يقوى دعوى المدعى بالإضافة إلى وجود شاهد مع المدعى ، فيتحصل أمران يؤيدان الدعوى هما : الشاهد للمدعى ، ونـكول المدعى عليه .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٣٧٤ .

معنى النكول

النكول نوعان : حقيقة وحكما :

أما حقيقة : كأن يقول المدعى عليه لا أحلف ، فالقاضي يقول له : إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات ، فإن حلفت برئت ، وإلا قضيت عليك بالمال ، وإنما قدر ذلك بثلاث مرات ليكون أجلى للعمى ، وأبلغ فى البيان ، ولا يلزم التكرار ، لكن الإمهال ، وترك الاستعجال أولى .

وأما النكول حكما : فهو كأن يعرض القاضى اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ، فيسكت فى كل مرة ولم يجبه ، فيجعل ناكلا وذلك ، لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه ، وهذا إذا لم تكن بلسانه آفة تمنعه عن الجواب ، فإن كانت فى لسانه آفة تمنعه عن الجواب أو بأذنه آفة تمنعه من السماع ـ لا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكما ؛ لأنه لم يسمع ، ولم يقدر على الجواب فلا يصير ظالما ، فلا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكما .

ولو سأله القاضى عن الدعوى فسكت ، ولم يجبه ، فالقاضى يأمر المدعى أن يأخذ منه كفيلا ؛ لإحضاره عند الطلب ويسأله عن حاله . هل به آفة تمنعه من السمع والكلام ؟ فإن ظهر أنه لا آفة به وأعاده إلى مجلس القضاء ، وسأله القاضى عن الدعوى فلم يجب ـ فالقاضى يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فإذا استمر سكوته[1] فإنه يجعل ناكلا عند الحنفية .

---

(١) معين الحكام الطرابلسى الحنفى ص ٩٧ .

من الحجج

القضاء بيمين المدعى ونكول المدعى عليه عن الجواب

ذكر أصبغ : أنه إذا تكلم المدعى ، وادعى بحجته .

قال الحاكم للآخر : تكلم ، فإذا سكت ، أو قال : لا أخاصمه إليك - قال له القاضى : إما خاصمت . وإما أحلفت هذا المدعى على دعواه ، وحكمت له ، فإن تكلم المدعى عليه نظر القاضى فى حجته وإن لم يتكلم أحلف المدعى ، وقضى له بحقه كان هذا الحق مما يستحق مع نكول المدعى عليه عن اليمين ، وكانت الخلطة ثابتة بين المدعى والمدعى عليه ، حتى يتصور صحة دعوى المدعى ، والدعوى مشبهة عرفا للدعاوى التى يدعى مثلها على المدعى عليه ، وذلك لأن نكوله عن التكلم نكول عن اليمين .

وإن كان مما لا يثبت مع نكول المدعى عليه كالحدود ، وكان مما يثبت بالبينة - طلب القاضى البينة ، ويسمع من صاحبه المدعى ، ويحكم على المدعى عليه ، إذا تبين له الفصل فى الدعوى ، من غير إقرار ، أو إنكار من المدعى عليه ، ويحكم عليه بالمدعى بلا يمين .

وقال محمد بن عبد الحكم : إن قال : لا أقر ، ولا أنكر ، لم يتركه حتى يقر ، أو ينكر ، وإن أبى سجنه حتى يقر أو ينكر ، وهى رواية أشهب . قال ابن رشد : الذى جرى به العمل أن يسجن ويؤدب ، فإن تمادى على امتناعه حكم عليه بغير يمين .

وقال اللخمى : يخير الطالب بين حبس المطلوب حتى يجاوبه ، أو يحلف ، ويأخذ ما يدعيه ملكا ، أو يأخذه المدعى بغير يمين ، ويبقى المدعى عليه على حجته .

الامتناع عن الجواب حتى بيان وجه الحق :

فإن امتنع المدعى عليه عن الجواب قائلا للقاضى : لا أجاوبه حتى يبين الوجه الذى ترتب له ذلك به قبلى - فللقاضى أن يسأله عن ذلك ، فإن امتنع المدعى من بيان الوجه الذى ترتب به ذلك الحق على المدعى عليه - لم يسأل القاضى المدعى عليه عن شىء . إلا أن يدعى المدعى نسيان وجه الحق ، فيقبل منه ذلك بغير يمين ، وألزم القاضى المدعى عليه الجواب .

وقال الباجى : القياس أن يحلف المدعى : لقد نسى .

الإتيان بوكيل بالإجابة عن المدعى عليه :

إن قال المدعى عليه : أنا آتيه بوكيل يجاوبه - ففى ذلك أقوال :

الأول : الإلزام ، ويقال له : قل الآن ما تأمر به وكيلك .

قال أبو الأصبغ بن سهل : وهو الصحيح عندى .

الثانى : قال ابن الهندى : يمكن من ذلك .

الثالث : التفرقة ، فإن كانت الدعوى قريبة المعنى أمر بالجواب ، ثم وكل فإن أبى حمل عليه عن طريق التأديب . وإن لم تكن الدعوى قريبة المعنى فله ذلك . وبه العمل ، وإن قال للقاضى : لا أخاصمه عندك أجبر على الجواب بالسجن ، والأدب[1] ، وهذا محمول على ما إذا كان الامتناع عن الجواب بغير حق ، أو قال للقاضى المختص : لا أخاصمه عندك ، ولم يكن له وجه مشروع .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٣٠١ .

من الحجج

النكول عن حضور مجلس الحكم

قال الله تعالى : « وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون » . فى الآية دليل على أن من دعى إلى حاكم من حكام المسلمين ، فلم يجب ، فهو ظالم ، لاحق له .

قال الشعبانى : من ادعى على غيره دعوى ، فدعاه إلى القاضى ، فامتنع ختم له خاتما ... ـ ولعله يقصد أن القاضى يكتب إلى الخصم الممتنع كتابا مختوما بختمه يدعوه إلى الحضور ـ فإن لم يأت بعث معه بعض أعوانه ليدعوه إليه ، فإن امتنع ، وتوارى عنه سأل الخصم عن دعواه ، فإن ادعى عليه شيئا معلوما ، وأثبت عليه بينة مرضية ـ بإسكان الراء ـ حكم عليه بذلك ، إن كان للمدعى عليه مال ظاهر ، فإن لم يكن له مال ظاهر وثبت بالبينة أنه فى منزله ، فمن الناس من يقول : يبعث إليه رسولا ثقة مع شاهدين ينادى على بابه ثلاثا : يافلان . القاضى فلان . يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان وإلا نصب لك وكيلا ، ويسمع من شهود المدعى ، ويمضى الحكم عليك ، فإن لم يحضر ، وثبت عند القاضى أنها دار سكناه ، وأنه تغيب فيها ، وأن الرسول دعاه ، فإنه يأمر بطبع الدار ، وتسميرها ، بعد أن تفتش ، فإن خرج أخذ منه الحق ، وعاقبه على امتناعه ، وتغيبه »[1] .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٣٠٢ ، معين الحكام للطرابلسى ص ٩٧ .

من يتوجه عليه اليمين ومن لا يتوجه :

الأصل عند الحنفية أن اليمين على المدعى عليه ، وهل تتوقف على طلب المدعى ؟ قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ، ومحمد : لا يحلف المدعى عليه إلا بطلب من المدعى ، وقال أبو يوسف ، وابن أبي ليلى : يحلفه بدون طلب المدعى . وجه قول أبي حنيفة ، ومحمد أن الحق للمدعى ، فيحلف المدعى عليه بناء على طلبه .

وجه قول أبي يوسف ، وابن أبي ليلى : أن ذلك يدخل فى دائرة تقدير القاضى ، ونظره ، فكان له ذلك .

وبناء على أن الأصل فى اليمين أن يكون على المدعى عليه فلا يمين على الأب فيما يدعى على ابنه الصغير ، وكذا لا يمين على الوصى فيما يدعى على ميت . سواء كان مالا . أو حقا ؛ لأن اليمين إنما كانت لرجاء النكول الذى هو بدل الإقرار ، والأب والوصى لا يملكان النكول ، ولا الإقرار فلا يفيد الاستحلاف .

ولا يمين على الوكيل ؛ لأنه نائب . والنيابة لا تجرى فى الاستحلاف .

الصبى المأذون له فى التجارة هل يستحلف ؟ :

عن محمد من الحنفية فيه روايتان : فى رواية كتاب الاستحلاف أنه يستحلف ؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول عن اليمين ، ونكول المدعى عليه عن اليمين يعتبر بذلا ، أو إقراراً ، وكلاهما منه صحيحان ، إن كان من صنيع التجار ، وفى رواية لا يستحلف ، لأنه لا يتعلق بيمينه مغرم ، وهو الكفارة ، فلا يبالى أن يحلف كاذباً ، فلا يفيد تحليفه .

ادعى على الميت حق وكان فى الورثة صغير أو غائب :

إذا كان فى الورثة صغير ، أو غائب ، وقد ادعى على الميت حق - يكلف البالغ الغائب الحضور ، ويؤخر الصغير حتى يدرك ، والغائب حتى يقدم ، ثم يحلفان ؛ لأنه تعذر تحليف الصغير ، والغائب ، فيؤخران إلى الوقت الذى يمكن فيه ذلك .

من توجه عليه اليمين عند المالكية والشافعية :

اليمين قد توجه إلى المدعى ، كما فى القضاء بشاهد ويمين المدعى ، وقد سبق ذلك ، وقد توجه على المدعى عليه حيث لا إقرار من المدعى عليه ، ولا بينة المدعى .

ما لا يستحلف فيه :

عند الحنفية : لا يستحلف فى الحدود ؛ لأن المقصود من اليمين النكول عنه ، والنكول معناه ترك الخصومة الأمر الذى يترتب عليه القضاء لصالح المدعى ، أو معناه إقرار بالحق للمدعى ، ولكنه إقرار فيه شبهة ، وترك الخصومة أو الإقرار الذى فيه شبهة لا يكفى كل منهما لإثبات الحد ، ويستحلف فى السرقة إذا طلب المدعى ضمان المال ، بحلفه بالله ماله عليك هذا المال ، ولا شىء منه ، فإن نكل يضمنه القاضى المال ، ولا يحكم عليه بقطع اليد وذلك ؛ لأن المال يثبت مع وجود الشبهات ، فجاز أن يثبت بالنكول .

ولا يستحلف فى أشياء مخصوصة عند أبى حنيفة وهى : الزواج ، والرجعة ، والإيلاء ، والنسب ، والرق ، والولاء ، والاستيلاد ، والثلاثة أنواع الأخيرة خاصة بالرقيق ، وعند الصاحبين يستحلف فى هذه الأشياء

وذلك ؛ لأن النكول عندهما إقرار بالمتنازع عليه والإقرار يجرى فى هـذه الأشياء .

وعند أبى حنيفة : النكول بذل أى ترك للخصومة من قبل المدعى عليه ، وهذه الأشياء لا تثبت بترك الخصومة من قبل المدعى عليه[1] .

ما لا يستحلف فيه عند المالكية :

الدعوى الصحيحة المستكملة لشروطها المتقدمة . قد تثبت بأربعة شهود ، أو بشاهدين ، أو بشاهد ويمين ، أو تثبت بغير ذلك ـ وعليه فقـد قال أبو عمرو بن الحاجب : « كل دعوى لا تثبت إلا بشـاهدين ، فلا يمين بمجردها ، ولا ترد اليمين على الخصم الآخر ؛ وذلك كالقتل العمد ، والطلاق ، والعتق ، والنسب ، والولاء ، والرجعة[2] » .

ولا تجب على أحد يمين بدعوى حد من الحدود . فى قذف ، ولا فرية ولا مشاتمة ، ولا لمريض يجب به حد ، ولا تعزير ، ولا بدعوى قصاص فى قتل ، ولا جرح عمد ، ولا بدعوى الدية بقتل الخطأ ، ولا جراح الخطأ ... ولا بدعوى غصب على من ليس من أهل ذلك ، ولا بدعوى سرقة على من لم يشتهر بها ، ولا عرف أنه ذهب المدعى شىء إلا بقوله ، ولا بدعوى امرأة على رجل صالح أنه غصبها نفسها ، ولو جاءت تدمى[3] ، وما أشبه ذلك .

---

(١) راجع معين الحكام للطرابلسى ص ٦٧ ، تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

(٢) تهذيب الفروق والقواعد السنية جـ ٤ ص ١٣٦ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ١٩٦ ، ١٩٧ .

أشياء لا يستحلف فيها عند الحنابلة :

إحداها : إدعى رجل دينا على ميت ، أو أنه أوصى له بشيء وللميت وصى بقضاء دينه ، وتنفيذ وصاياه ، فأنكر . فإن كان للمدعى بينة حكم بها القاضى ، وإن لم تكن له بينة ، وأراد تحليف الوصى على نفى العلم ، لم يكن له ذلك . وهذا ؛ لأن مقصود التحليف : أن يقضى عليه بالنكول إذا امتنع من اليمين ، والوصى لا يقبل إقراره بالدين والوصية ولو نكل لم يقض عليه ، فلا فائدة فى تحليفه . ولو كان المنكر وارثا استحلف ، فإن نكل عن اليمين اعتبر نكوله .

ثانيها : أن يدعى على القاضى : أنه ظلمه فى الحكم ، أو الشاهد : أنه تعمد الكذب ، أو الغلط ، أو ادعى عليه ما يسقط شهادته : لم يحلفا[1] ؛ لارتفاع منصب القاضى ، والشاهد عن هذا الموقف ، على أن القاضى إذا ارتاب فى شهادة الشاهد فله أن يحلفه .

وهذا لا يعنى أن القاضى والشاهد لا يحلفان ، بل يحلفان ، ولكنهما لا يحلفان لمجرد ادعاء ما سبق عليهما من قبل المدعى ، وقد حكى أبو محمد بن حزم القول : بتحليف الشهود عن ابن وضاح ، وقاضى الجماعة بقرطبة ، وهو محمد بن بشير — أنه حلف شهودا فى تزكية بالله إن ما شهدوا به لحق ، وروى عن ابن وضاح أنه قال : أرى لفساد الناس أن يحلف الحاكم الشهود[2] .

وقد شرع الله سبحانه وتعالى تحليف الشاهدين إذا كانا من غير أهل

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦٠ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٧٦ .
(٢) راجع المحلى جـ ٩ ص ٣٧٩ .

الملة الإسلامية على الوصية فى السفر ، وكذلك قال ابن عباس بتحليف المرأة إذا شهدت فى الرضاع ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، قال القاضى وهو من فقهاء الحنابلة : « لا يحلف الشاهد على أصلنا إلا فى موضعين » وذكر هذين الموضعين .

وهذان الموضوعان قبل فيهما الكافر ، والمرأة وحدها للضرورة ، فقياسه : أن كل من قبلت شهادته للضرورة استحلف[1] .

ثالثها : دعوى الرجل على المرأة النكاح ، ودعواها عليه الطلاق ، ودعوى كل منهما الرجعة ، ودعوى المرأة أن زوجها آلى منها ، ودعوى القود ، وحد القذف ...

وعن أحمد : أنه يستحلف فى الطلاق ، والإيلاء ، والقود والقذف ، وعنه : أنه يستحلف إلا فيما يقضى فيه بالنكول .

وقال فى رواية أبى القاسم : لا أرى اليمين فى النكاح ، ولا فى الطلاق ، ولا فى الحدود ؛ لأنه إن نكل لم أقتله ، ولم أحده ، ولم أدفع المرأة إليه .

وظاهر ما نقله الخرقى . أنه يستحلف فيما عدا القود ، والنكاح وعنه ما يدل على أنه يستحلف فى الكل .

وإذا امتنع عن اليمين – حيث قلنا يستحلف – قضينا بالنكول فى الجميع إلا فى القود فى النفس خاصة .

وعنه : لا يقضى بالنكول إلا فى الأموال خاصة .

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٠٩ ، ٢١٠ .

وكل نا كل لايقضى عليه : فهل يخلى أو يحبس حتى يقر ، أو يحلف ؟ على وجهين :

ولا يستحلف فى العبادات ، ولا فى الحدود .

فإذا قلنا : يستحلف فى هذه الأشياء لم يقض فيها النكول على ظاهر كلام أحمد ، وتعليله .

وإذا قلنا : يستحلف ، ولا يقضى بالنكول فى غير الأموال - كانت فائدة الاستحلاف حبسه . إذا أبى الحلف فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يخلى سبيله ، لأنه لايقضى عليه بالنكول ، ولم يثبت عليه ما يعاقب عليه بالضرب والحبس حتى يفعله ، فإنه يحتمل أن يكون المدعى محقا وأن يكون مبطلا . فكيف يعاقب المدعى عليه بمجرد دعوى المدعى ، وطلب يمين المدعى عليه ؟ وتكون فائدة اليمين فى هذا انقطاع الخصومة ، والمطالبة .

رابعها : مما لا يحلف فيه : إدعى البلوغ بالاحتلام فى وقت إمكان ذلك صدق بلا يمين . وكذلك لو ادعى عليه البلوغ ، فقال : أنا صبى ، وهو محتلم لم يحلف .

ولو ادعى عامل الزكاة على رجل أن له نصابا ، وطلب زكاته لم يحلف المدعى عليه على نفى ذلك قال الإمام أحمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم .

ومنها : أن تشهد قرائن الحال بكذب المدعى ، وهو مذهب مالك ، فعنده : لا يلتفت إلى دعواه ، ولا يحلف له المدعى عليه ، وذلك مثل : أن يدعى استئجار الأمير ، أو ذى الهيئة ، والقدر لعلف دوابة ، وكنس بابه ، ونحو ذلك .

فقد ورد عن ابن تيمية رحمه الله . أنه قال :

كنا عند نائب السلطنة ، وأنا إلى جانبه . فادعى بعض الحاضرين : أن له قبل وديعة ، وسأل إجلاسي معه ، وإحلافي . فقلت لقاضي المالكية — وكان حاضرا — أتسوغ هذه الدعوى وتسمع ؟ فقال : لا . قلت : فما مذهبك في مثل ذلك ؟ قال : تعزير المدعي ، قلت : فاحكم بمذهبك ، فأقيم المدعي ، وأخرج[1] .

(١) الطرق الحكمية ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

اختلاف الفقهاء فى الحكم بالنكول

اختلف الفقهاء فى الحكم بالنكول وحده على أقوال :

أحدها : أنه من طرق الحكم ، وهذا قول عثمان بن عفان رضى الله عنه وقضى به شريح .

قال أبو عبيد : « حدثنا يزيد بن هارون عن يحيى بن سعيد الأنصارى عن سالم بن عبد الله » أن أباه - عبد الله بن عمر - باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة - ولعله يقصد أنه باعه بالبراءة من العيوب - ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان . فقال عثمان لابن عمر : احلف بالله لقد بعته ، وما به من داء علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف . فرد عليه العبد » .

وقال ابن شيبة عن شريك عن مغيرة عن الحارث قال : « نكل رجل عند شريح عن اليمين . فقضى عليه ... » أى قضى عليه بسبب النكول .

وهذا قول الإمام أحمد فى إحدى[1] الروايتين ، وقول أبى حنيفة[2] .

القول الثانى : أنه لا يقضى بالنكول ، بل ترد اليمين على المدعى . فإن حلف قضى له ، وإلا صرف هذه الدعوى . وهذا مروى عن ابن عمر ، وعلى ، والمقداد بن الأسود ، وأبى بن كعب ، وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وهو مذهب كثير من الفقهاء .

---

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية .

(٢) معين الحكام للطرابلسى ص ٩٦ .

فقد روى البيهقي ، وغيره من حديث مسلمة بن علقمة ، عن داود ، عن الشعبي : « أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال : إنما هي أربعة آلاف درهم ، فخاصمه إلى عمر . فقال المقداد : احلف : أنها سبعة آلاف ، فقال عمر رضي الله عنه : أنصفك ، فأبى أن يحلف فقال عمر : خذ ما أعطاك ، رواه أبو عبيد ، عن عفان بن مسلم عن سلمة ، ورواه البيهقي من حديث حسين بن عبد الله بن ضميرة ، عن أبيه عن جده ، عن علي قال : « اليمين مع الشاهد ، فإن لم تكن بينة ، فاليمين على المدعى عليه ، إذا كان قد خالطه ، فإن نكل حلف المدعي » .

وذكر البيهقي أيضا من حديث سليمان بن عبد الرحمن ؛ حدثنا محمد بن مسروق عن إسحاق بن الفرات ، عن الليث ، عن نافع ، عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ : رد اليمين على طالب الحق ، رواه الحاكم في المستدرك .

وقال عبد الملك بن حبيب : حدثنا أصبغ بن الفرج ، عن ابن وهب ، عن حيوة بن شريح : أن سالم بن غيلان أخبره : أن رسول الله ﷺ قال : « من كانت له طلبة عند أحد فعليه البينة ، والمطلوب أولى باليمين ، فإن نكل حلف الطالب ، وأخذ ، وهذا مرسل[1] .

واحتج لهذا القول أيضاً : بأن الشارع شرع اليمين على المدعى مع شاهد المدعي ، ونكول المدعى عليه أضعف في الاستدلال من شاهد المدعى ، فالنكول أولى بأن يقوى بيمين الطالب ، كما قوى الشاهد الواحد من قبل المدعى بيمين المدعى .

والنكول حجة ضعيفة ، فلم يقو على الاستقلال بالحكم ، فإذا حلف

---

(١) انظر الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٧٤ .

معها المدعى قوى جانبه ، فيجتمع النكول من المدعى عليه ، واليمين من المدعى ، فيقومان مقام الشاهدين ، أو الشاهد واليمين ، وممن أخذ بهذا القول الشافعى[1] ومالك[2] .

القول الثالث : أنه يجبر على اليمين شاء ، أو أبى - يجبر بالضرب والحبس. ولا يقضى عليه بنكول ، ولا برد يمين .

استدل ابن حزم على ذلك بما يأتى :

١ — قول رسول الله ﷺ : « بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقد قال ذلك للمدعى . فصح يقينا أنه لا يجوز أن يعطى المدعى بدعواه دون بينة ، فبطل بهذا أن يعطى شيئا بنكول خصمه ، أو بيمين المدعى إذا نكل المدعى عليه ؛ لأنه أعطى بمجرد الدعوى ، وصح أن اليمين تكون بحكم الله تعالى على لسان رسوله ﷺ - تكون على المدعى عليه ، فوجب بذلك أنه لا يعطى المدعى يمينا أصلا إلا حيث جاء النص بأن يعطاها ، وكان من أعطى المدعى بنكول خصمه فقط ، أو بيمينه إذا نكل خصمه قد أخطأ كثيراً ، وذلك أنه أعطاه ما أخبر النبى ﷺ أنه ليس له ، وأعطاه بدعواه المجردة عن البينة ، وأسقط اليمين عمن أوجبها الله تعالى عليه ، ولم يزلها عنه إلا أن يسقطها الذى هى له ، وهو الطالب الذى جعل الله تعالى له البينة فيأخذ ، أو يمين مطلوبه ، وهو المدعى عليه ، وإذا كان من حق المدعى أنه يطلب اليمين من المدعى عليه ، فله ترك حقه ، إن شاء .

---

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٧٧ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٧٢ .

٢ — قول الله تعـالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » فمن أطلق المطلوب الامتناع من اليمين ، ولم يأخذه بها ، وقد أوجبها الله تعالى عليه فقد أعانه على الإثم ، والعدوان ، وعلى ترك ما افترض الله تعالى عليه إلزامه إياه ؛ وأخذه به ، وقد قال ﷺ : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيـده » فوجدنا الممتنع مما أوجب الله عز وجل أخذه به من اليمين قد أتى منكراً ، حين امتنع من حلف اليمين ، فوجب تغيير ذلك باليد بأمر رسول الله ﷺ .

والتغيير باليد هو الضرب فيمن لم يمتنع من أخذه بالحق ، أو التغيير بالسلاح فى المدافع بيده الممتنع من أخذه بالحق ، فوجب ضربه أبداً حتى يحييه الحق من إقراره ، أو يمينه ، أو يقتله الحق من تغيير ما أعلن به من المنكر قال الله تبارك وتعالى : « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » ، ومن أطاع الله تعالى فقد أحسن .

وأما السجن فيقول ابن حزم فيـه : لا يختلف اثنان فى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن له قط سجن[١] .

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٢٢٣ .

ومن الحجج

القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء

وهذه اليمين تسمى يمين الاستبراء وذلك له صور عند المالكية :

منها : أن يشهد شاهدان لرجل بشيء معين فى يد آخر ، فإنه لا يستحق ذلك حتى يحلف : ما باع ، ولا وهب ، ولا خرجت من يده بطريق من الطرق المزيلة للملك وهو الذى عليه العمل عندهم ، وعللوه بأنه : يجوز أن يكون المدعى باعها من المدعى عليه ، أو غير ذلك من الاحتمالات ، ومع قيام الاحتمالات لابد من اليمين .

ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت ، أو على الغائب ، أو على الأحباس ـ أى الأوقاف - أو على المساكين ، وعلى كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال،وعلى من استحق شيئاً من الحيوان ، ولا يتم الحكم إلا بها ونقل عن الباجى قوله : أجمع من علمت من أصحاب مالك : أنه لا يتم لمستحق غير الرباع ـ أى الأراضى ـ والعقار حكم إلا بعد يمينه قال : ورأى بعض مشايخنا ذلك لازما فى العقار والرباع وبعضهم لم ير فى ذلك يمينا .

وقال ابن كنانة : ليس على من أقام بينة فى أرض ، أو حيوان ، أو سلعة يمين إلا أن يدعى الذى ذلك فى يديه أمراً يظن بصاحبه أنه قد فعله ، فيحلف ما فعله ، ويأخذه .

ومن هذه الصور : إذا شهد لرجل شاهدان على دين لأبيه ، فإن المشهود له يحلف أنه لا يعلم أن أباه اقتضى من ذلك شيئاً .

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٨٣ .

ومن هذه الصور : إذا شهد للمدعى شاهدان على خط غريمه بما ادعاه عليه والغريم جاحد ، فلا يحكم له بمجرد الشهادة على خط الغريم حتى يحلف المدعى معهما : إنه لحق ، وما اقتضيت شيئاً مما كتبت .

ومنها : إذا أقام بينة على حاضر بدين ، فلا يحلف مع بينته على إثبات ، ولا على أنه ما قبضه منه حتى يدعى المدعى عليه أنه دفعه إليه ، أو دفعه عنه دافع : من وكيل ، أو غيره ، فحينئذ يحلف المدعى[1] ، ويبدو من هذه اليمين التى قال بها المالكية أن المقصود منها الاحتياط ، وقطع الاحتمال .

ويمين القضاء لا نص على وجوبها ، فى حالة عدم الدعوى على المدعى ، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للميت ، والغائب المدعى عليهما ، لاحتمال أن الميت ، والغائب قد قضيا ما عليهما ، ولم يعلم بذلك الشاهدان .

من الحجج

القضاء بالبدء بيمين المدعى عليه ، وتأخير يمين المدعى له من صغير حتى يبلغ ، أو غائب حتى يقدم

قال ابن حبيب : أخبرنى مطرف عن مالك فى الصغير يشهد له الشاهد على رجل بحق ورثه عن أبيه ، أو صار له بوجه : أن المشهود عليه إن كان منكراً لذلك فإنه يحلف أن الذى شهد به الشاهد ليس على ، ثم يترك ، وسواء كان ذلك مالا ، أو شيئاً بعينه مثل : الدار ، أو ماله غلة ، كل ذلك يسلم إلى الحالف ، ولا يوقف عليه .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٧٣ - ٢٧٥ .

وقيل : يوقف إذا كان المدعى عليه يخشى فقره ، قال مالك : وإذا كبر الصغير حلف مع شاهده ، وبطلت يمين الحالف أولا ، واستحق الصغير حقه وقبضه ، إن كان الحق موجوداً بعينه ، وإلا فعليه قيمته يومئذ إن كان فائتاً .

ويكتب القاضى للصبى بما صح عنده لينفذه له من يقوم عنده من القضاة إذ لعل الشاهد يموت ، أو تتغير حاله عن العدالة قبل بلوغ الصبى ، فإن نكل الصبى عن اليمين إذا بلغ فلا شىء له ، واكتفى بيمين المطلوب الأولى على المشهور . وروى عن مالك ـ رحمه الله : أن الصغير يحلف مع شاهده ، وهو بعيد شاذ .

أما لو نكل الغريم المدعى عليه عن اليمين أولا ، كان نكوله كإقراره ، وأخذ منه الحق ، ودفع إلى ولى الصبى ، ولا يكلف الصبى إذا كبر يميناً ، ولا شيئاً .

فإن كان الصغير له شريك وارث كبير ـ حلف الكبير ، واستحق قدر نصيبه .

وإلى جانب ذلك ، ورد فى تبصرة الحكام : أن المولى عليه إذا قام له شاهد واحد على حقه .. فإن حلف أخذ الحق ، ودفع الحق للموصى عليه ، أو وليه ، وإن نكل عن اليمين لم يبطل ذلك حقه ، ويحلف المدعى عليه ، ويبقى المولى عليه على حقه حتى يرشد ، فإن نكل عن اليمين لم يكن له شىء ولم تعد اليمين على المطلوب ، وكان ابن القاسم ، وأصبغ يجعلان المولى عليه كالكبير الرشيد ، إن حلف مع شاهده استحق حقه ، وإن نكل بطل حقه .

وإنما قيل : بأن المولى عليه يحلف مع شاهده إحياء للسنة الواردة عن رسول الله ﷺ .

دعوى المولى عليه حقاً وليس له بينة :

إذا ادعى المولى عليه حقا على رجل ، ولم تقم له بينة ، فوجبت اليمين على المدعى عليه لرفع الخصومة ، فردها على المولى عليه - ففى هذه المسألة قال ابن الهندى فى وثائقه : لا يحلف المولى عليه ، وإنما يحلف مع الشاهد العدل من جهة إحياء السنة ، ويلزم المدعى عليه إذا رد اليمين على المولى عليه الغرم بنكوله ، ويؤخر اليمين على المحجور عليه حتى يرشد ، وقال ابن سهل وفى هذا عندى نظر ، والصحيح أن يحلف المولى عليه إذا رد المطلوب عليه اليمين ، ويأخذ حقه ، كما يحلف مع شاهده ، ولا وجه لإرجاء اليمين ، وقد رضى بها منه خصمه بنكوله عنها .

ورثة صغار وكبار ولهم حق :

إذا مات رجل وترك ورثة صغاراً وكباراً ، وترك ذكر حق ، وليس فيه إلا شاهد واحد ، فإن الكبار يحلفون كلهم مع شاهدهم ، ويستحقون حقهم ، وأما الصغار فيقال للغريم : احلف أن الذى شهد به عليك الشاهد باطل ، وأنه ليس عليك ، فإن نكل أخذ منه حق الصبى ، ودفع إلى وليه ، وإن حلف أقر حق الصبى بيده فإذا بلغ الصبى حلف وأخذ حقه ، فإن نكل عن اليمين لم يكن له شىء .

غائب له وكيل وشاهد بحق :

أما الغائب يقوم له وكيل فى إثبات حق ، ويشهد فى ذلك الحق شاهد واحد فالواجب فى ذلك أن يحلف المدعى عليه ، وتؤخر يمين الموكل حتى يقدم ، وإن كانت غيبته قريبة كتب إليه فى ذلك ، وكذلك لو كان القائم الغائب ولده .

المعتوه له حق وشاهد :

أما المعتوه الذى له دعوى وشاهد ـ فإن المدعى عليه يحلف ويبرأ ، وإن نكل غرم الحق فإن حلف المطلوب ، ثم بعد ذلك عقل المعتوه ـ فإنه يحلف ويستحق حقه مع الشاهد الذى شهد له ، والله سبحانه وتعالى أعلم[١] .

والسفيه يحلف مع شاهده فى الحق المالى ، ويستحق المال ، ويقبضه الناظر عليه[٢] .

من الحجج

القضاء بشاهد المولى عليه مع يمين وليه

بالنسبة لحق الابن الأب يحلف مع الشاهد إذا كان هو الذى تولى المعاملة له ، فإن نكل الأب غرم ، وإن لم يكن الأب هو الذى تولى المعاملة لابنه ، ففى ذلك ثلاثة أقوال :

قال ابن راشد : أحدها : أن الصبى يحلف ، وهو شاذ ؛ إذ كيف يحلف وهو غير مكلف ؟

وثانيها : قال ابن كنانة : يحلف أبوه . وقال ابن المواز : يحلف المدعى عليه ، وهو المعروف . وهذا القول الأخير هو القول الثالث[٣] .

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٧٩ .
(٢) الخرشى جـ ٧ ص ٢١٤ .
(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٧٩ .

من الحجج

القضاء بشاهد المفلس ويمين الغرماء

إذا شهد للمفلس بعد فلسه شاهد بحق ، ونكل المفلس عن اليمن مع شاهده ـ حلف معه الغرماء على أن الذى شهد به الشاهد حق ، وأخذوا هذا الحق ، فإن نكل من الغرماء أحد فليس له أن يحاص فيما أخذه من حلف ، وأهل المالكية يقولون بحلف الغرماء مع الشاهد على حق المفلس لأن هذا الحق المحلوف عليه يكون مصيره إلى الغرماء . وإنما يحلف الغرماء إن أفلس الشخص حتى لا يجوز إقراره[1] بخلاف ما إذا كان قائم الوجه ، ولم يفلس ، فليس لغرمائه أن يحلفوا مع شاهد الشخص .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

من الحجج

القضاء بشاهد ويمين أحد المدعين

ورد فى تبصرة الحكام : أنه إذا قام جماعة فى صدقة تصدق بها عليهم ، ومنهم الحاضر ، والغائب ، والصغير ، والكبير . فقاموا يطلبون صدقتهم من ورثة الموصى ، ولم يجدوا عليها إلا شاهدا واحدا ، فإنه يحلف رجل منهم عن حضر مع شاهدهم ، ويستحق الصدقة لجميعهم ، وليس عليهم أن يحلفوا كلهم ، كما يحلف الورثة فى ذكر الحق ، وليس هذا مثل ذلك ، وفى المبتطة إن كانت الصدقة ، أو الحبس — أى الوقف — على بنى فلان . فروى ابن الماجشون عن مالك : أنه يحلف الجل مع الشاهد ، وتنفذ لجميعهم ، والجل ما زاد على النصف ، وأما إذا أوصى للمساكين ، أو لأبناء السبيل ، أو لبنى تميم ، أو لقريش ، أو للأنصار ، فلا يمين فى ذلك مع الشاهد ، وإنما الخلاف إذا أوصى لمن يحصرهم العدد كآل فلان ، أو مساكين آل فلان ، فهى المسألة التى اختلف فيها . هل يحلف الجـــل ، أو يكتفى فيها بواحد ولعل من أجاز من المالكية حلف واحد عن أوصى لهم ، واكتفى بواحد منهم يحلف ، وأيضاً فى مسألة الصدقة على جماعة ، كما سبق — لعلة نظر إلى أن المسألة واحـدة وهى مسألة وصية ، أو صدقة ، فإذا شهد بذلك واحد ، وحلف واحد معه — فقد ثبت ذلك فى حقه ، وحق الجميع ؛ لأن سبب الاستحقاق واحد ، وفى تحليف الجميع مشقة وعسر فيكتفى بذلك .

أما إذا تعذر اليمين من الجميع ، فإن اليمين يسقط ، كما إذا أوصى للمساكين ؛ لأن حلف جميع المساكين متعذر ، والحكم أن المشهود عليه يحلف لرد شهادة الشاهد ويبرأ من الدعوى[1] .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون الخرشى جـ ٧ ص ٢١٦ .

من الحجج

القضاء بشاهد الوكيل وبيمين الموكل

قال ابن حبيب : قال لى مطرف ، وابن الماجشون ، وأصبغ : فى الرجل يوكل الوكيل على دفع دينه عنه إلى رجل ، وكان وكيلا مفوضا إليه ، فدفعه بشاهد وأخذ ، وجحد القابض ، فأبى الوكيل أن يحلف مع الشاهد ، وأراد الموكل أن يحلف مع الشاهد ـ لم يكن ذلك له ، حال كون الوكيل مليا ؛ لأنه ضامن ذلك للموكل حين فرط ، ولم يشهد على المدفوع له حين الدفع شهادة كاملة ، وصار نكول الوكيل كإقراره أنه لم يدفع ذلك إليه .

وإذ كان الوكيل مفلسا ، فعند ذلك يجوز للموكل أن يحلف مع الشاهد ويبرأ .

من الحجج

القضاء ببينة الموكل ويمين الوكيل

رجل بمصر ، وله حق على رجل من أهل إفريقية ، فوكل صاحب الحق وكيلا يقتضى من الغريم حقه ، فلما أتاه بكتاب القاضى بمصر إلى القاضى بإفريقية ، وثبتت وكالة الوكيل ببينة ـ ادعى الذى عليه الحق : أنه قد دفع إلى صاحب الحق حقه ، وسأل أن يؤخر قبض ذلك منه ، حتى يستحلف صاحب الحق بمصر ، فقال ابن عبدوس : قال ابن كنانة : لا أرى ذلك له ، ولكن على الوكيل اليمين : بالله ما علمت أنه قبض منه شيئا ، ثم يقبض منه الحق ، إلا أن يكون صاحب الحق فى مكان قريب ، على مسافة يومين ـ أى بالسير المعتاد فى العصور السابقة ـ أو نحو اليومين ، فإن كان قريبا فليكتب إلى صاحب الحق فيحلف .

وكان ابن القاسم يقول : فى مثل هذا : إنه لا يحلف الوكيل ، ولكن ينتظر حتى يجتمع بصاحب الحق فيحلف ، وقال غيره : لا ينبغى للقاضى أن يكتب للطالب الكتاب حتى يحلفه : أنه ما اقتضى من ذلك الحق شيئا ؛ استقصاء ، واحتياطا لحق الغائب .

وورد أيضاً : إذا توجه الوكيل لطلب الغريم فى غير بلد الموكل ، فادعى الغريم أنه دفع للموكل جميع الدين ، أو بعضه ، فإن كانت غيبته قريبة على مسيرة اليومين ، ونحوهما أخر حتى يكتب إليه فيحلف ، وإن كانت غيبته بعيدة لم يؤخر ، وقضى عليه بالدين .

من الحجج

القضاء ببينة المدعى بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه

عند الحنفية : إذا قال المدعى : لا بينة لى بعد ما ادعى مالا ، أو حقا من الحقوق ، وأنكر المدعى عليه ، وسأله القاضى ، فحلف المدعى عليه ، ثم قال : لى بينة حاضرة ـ تقبل هذه عند أبى حنيفة ، خلافا لمحمد من الحنفية وذلك ؛ لأنه لامنافاة بين طلب شهادة الشهود ، وبين ما قال أولا : لا بينة لى ؛ لجواز أنه لم يكن يعلم أن هؤلاء شهوده ، ثم علم ، أو لم يكونوا شهوده ، ثم صاروا شهوده ، بأن أقر المدعى عليه بالحق للمدعى ، فسمعوا هذا الإقرار ، فللمدعى أن يطلب منهم الشهادة على إقرار المدعى عليه عندهم ، فلا يكون المدعى متناقضا فى كلامه[1] .

وعند المالكية : إذا ادعى رجل قبل رجل مالا ، ودعا إلى يمين المطلوب فحلف له المطلوب ، ثم زعم أنه وجد بينة تشهد له بما ادعاه ، ولم يكن يعلم بها فإنه يحلف : أنه ما علم بها فى حين استحلافه ، ثم يسمع الحاكم من شهوده .

وقد جاء عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة » وإذا حلف أنه ما علم ببينته ، فلا فرق بين أن تكون يوم حلف المدعى عليه حاضرة أو غائبة .

أما إن استحلفه مع علمه ببينته ، تاركا لها ، إما لصرفها ، أو معرضا عنها وهى حاضرة ، أو غائبة ، فلا حق له فى أن يسمع الحاكم بينته .

وقال مطرف ، وابن الماجشون : ومن استحلف رجلا فى حقه ، وهو

---

(١) معين الحكام الطرابلسى ص ٩٣ .

عالم بوجود بينة له على حقه الذى استحلف الرجل عليه ، والبينة حاضرة معه ، فحلف المدعى عليه ـ لم يضره استحلافه إياه ، وله إقامة البينة ، ويقضى بها ؛ لأن من حجة المستحلف أن يقول : ظننت أنه لا يحلف ، ولا يتجرأ على اليمين ، وأنه يقر له حينئذ ، وقال ابن الماجشون : أراه آثما حين ألجأه إلى اليمين ، وله بينة حاضرة .

وقال المازرى : قال جماعة من أصحاب مالك رحمه الله تعالى : إن المدعى إذا استحلف المدعى عليه على دعواه ، ثم وجد المدعى شاهدا واحدا ـ فلا يحلف مع شاهده ؛ لأن المدعى عليـــه قد برىء من الدعوى بيمينه ، فلا يكتفى بشاهد ويمين فى إبطال يمين المدعى عليـه ، ولا يثبت حقه إلا بشاهدين .

وقيل : يحلف معه ، وقال سحنون : القول قول صاحب الحق : أنه لم يعلم ببينته مع يمين صاحب الحق ، وهـذا إذا ادعى المدعى عليه : أنه أى المدعى ـ كان عالما بوجود بينة له ، وجحد المدعى العلم بذلك .

وروى أشهب ، وابن عبد الحـكم عن مالك : أن المدعى له القيام ببينته وإن علم ببينته حين استحلف المدعى عليه .

وورد فى المتيطية : ومن الحزم للمدعى عليه إذا طلب المدعى يمينه أن يلزم المدعى إسقاط بينته ، ما علم منها ، وما لم يعلم ، فإن عقد على نفسه : أنه أسقط بينته ـ لم يكن له أن يقوم على المدعى عليه بعد حلف اليمين ـ بالبينة فإذا ادعى المدعى أن بينته غائبة ، وأراد أن يستحلف المدعى عليه ، وأن يكون على بينته إذا قدمت البينة ، . فإن زعم أن البينة بموضع قريب ، وأنه يقيمها فى اليومين والثلاثة ـ أخرت اليمين ، فإن أحضر البينة قضى بها

القاضى ، وإلا كان عليه أن يحلف المدعى عليه ، على أن يترك المدعى البينة ، ويسقطها .

وإن زعم المدعى أن بينته بموضع بعيد حلف المدعى عليه ، وكان المدعى على بينته يقيمها ، إذا حضرت .

وإنما يكون للمدعى أن يحلفه إذا ادعى أن بينته بموضع بعيد ، بعد أن يحلف المدعى أن بينته بموضع بعيد ، ويسمى البينة ، وقد كان أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم التجيبي لايحلف المدعى ، وإنما يقول له سم بينتك ، واشهد أنك لا بينة لك غيرها ، فإذا فعل لم يكن عليه أكثر من هـــذا ، ويحلف المدعى عليه ، ويبقى المدعى على إقامة من سماه ، فإن كان الشهود الذين سماهم عدولا وشهدوا ، ولم يكن للمدعى عليه فيهم دفع حكم له بهم ، وإن لم يكن الشهود عدولا ، أو كان للمدعى عليه دفع لهذه الشهادة لم يكن للمدعى شيء[1] .

---

(١) تبصرة الحكام ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

ظهور البينة بعد القضاء بالحلف أو النكول

لو كان المدعى لا شاهد له ، وطلب يمين المدعى عليه ، فنكل عن اليمين ، فرجعت اليمين على المدعى ، فحلف ، وأخذ ، ثم إن المدعى عليه وجد البينة على براءته من ذلك الحق ـ فإن يبرأ ، ويرجع إلى ما أخذ منه فيأخذه.

ولو كان المدعى حين رجعت اليمين عليه نكل عنها ، فلم يعط شيئاً ؛ لنكوله ، ثم وجد المدعى البينة على أن دعواه حق ـ فإنه يأخذ ببينته ، ولا يمنعه من ذلك نكوله عن اليمين حين ردت عليه .

ولو أن لرجل على رجل مالا ، فأنكره ،ولصاحب الحق بينة قد علم بها، فصالحه ببعض الحق ، ثم حضرت البينة ، فليس له أن يرجع عليه بشيء .

ولو صالح الطالب المطلوب على شيء لبعد غيبة البينة ، فليس له أن يقوم بالبينة ، إذا قدمت ، لأنه قد رضى بما قد أخذ .

وعن مالك رحمه الله فيمن قضى رجلا ديناراً ، كان له عليه ، وأشهد على ذلك شاهدين ، ثم جاء يتقاضاه الدينار ، فقال : قد قضيتك ، وأشهدت عليك فلانا ، وفلانا فقال : ما قبضته ، فقال : تحلف ، وأعطيك فحلف ، فأراد أن يأتى بالشاهدين ، أترى له ذلك ؟ فقال مالك : أرى ذلك ، فليأت بهما[1] .

---

(١) المرجع السابق .

من الحجج

القضاء بقول رجل بانفراده

قال بعض الفقهاء : ويكفى الشاهد الواحد يشهد على ما يبتدىء الحاكم بالسؤال عنه ، وفيما كان علماً يؤديه الشخص[١] .

ومن ذلك شهادة من يقيس الجراح ، إذا كان القاضى أمره أن ينظر الشجة والجراح : ماهى ، وما غورها، وما اسمها ، وقياسها ، وذلك كالطبيب، وما أشبهه ، فيقبل فى ذلك قول الشخص الواحد الذى يرسله القاضى .

وقد ورد فى تبصرة الحكام « وأحب إلى أن ينصب لهذا ، من أمور الناس عدلا . وإن لم ينصب لذلك أحدا بعينه اكتفى بأن يرسل المجروح إلى من ارتضاه ووثق برأيه وبصره ، وإن لم يجد إلا طبيباً ، مثل العيوب ، لأنه ليس على جهة الشهادة »[٢] .

وإن لم يكن ولى الأمر أمر بقياس الجراحة التى حدثت بالمجروح ، لمعرفة مداها ، وإنما جاء المجروح يطلب الحكم له بعدما قد مضى ، وبرىء ، وصح - لم يكن بد من أن يدعى ذلك بشاهدين عدلين على ماكان[٣] .

ومن ذلك أيضاً : القاسم إذا أرسله الحاكم لقسم شىء بين أهل ذلك الحق ووثق به الحاكم ، ونصبه له - فإنه يجوز للحاكم قبول قوله فى ذلك وحده ،

---

(١) المرجع السابق وهو تبصرة الحكام ومعين الحكام للطرابلسى .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكى ج ١ ص ٢٨٦ .

(٣) نفس المرجع والصفحة بتصرف .

والإشهاد على ذلك لأهل ذلك الحق ، إذا رآه الحاكم صوابا ؛ لأنه ليس على جهة الشهادة .

ومن ذلك أيضاً : الحلف : إذا أمره الحاكم بإحلاف أحد فقوله فى ذلك مقبول إذا أنكر المدعى ذلك .

وكذلك أيضاً : شهادة كاتب القاضى وحده على ما كتبه الكاتب بأمر القاضى فذلك مقبول أيضا .

وكذلك أيضاً يكفى عند أشهب فى ثبوت الخلطة التى قد تترتب عليها حقوق لأحد المتخالطين على الآخر ، وبناء عليها يجوز أن يرفع المدعى دعوى على المدعى عليه ويطلب إحلافه إذا أنكر المدعى عليه الحق .

وكذلك أيضا : العمل بقول « الكاشف » الذى ينبغى للحاكم أن يتخذه يخبره بما يقول الناس فى أحكامه ، وسيرته ، وغير ذلك من أحوال الناس .

وكذلك أيضا : المتبايعان أيضا فى العيب الخفى ، أو قدم العيب ، وكان العيب لا يعرفه إلا أهل العلم به ، كالأمراض التى تحدث بالناس ، فلا يقبل فى العيب إلا أهل العلم به ، فإن وجدوا أخذ بقولهم ، وإلا قبل غيرهم وإن كانوا غير مسلمين ، والواحد منهم ، أو من المسلمين كاف ، والإثنان أولى ؛ لأن هذا من طريق الإخبار ، لا من طرق الشهادة ، وهذا هو المشهور المعمول به عند المالكية .

وقول : أنه لا يرد بسبب العيوب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل البصر والمعرفة .

قال ابن رشد : قال بعض أهل العلم : وهذا كله إن كان القاضى أرسلهم ليقفوا عليه ، وأما إن كان المبتاع أوقف عليه من ذات نفسه ، فلا يثبت باتفاق من أصحاب مالك إلا بعدلين ، من أهل المعرفة .

وكذلك أيضاً : إذا شهد شاهد بما دون القذف ، من الشتم ، فقال مالك : لا يحلف معه ، لكن يعزر ، إن كان من أهل السفه ، فأثبت التعزير بشاهد واحد مع قرينة السفه . وقال ابن حبيب يحلف المشتوم معه ، ورواه عن مالك أيضاً .

وقال أبو مصعب : يحبس الشاتم حتى يحلف ، أو يقر .

ومن ذلك أيضاً : ماقاله ابن دينار : إذا تنازع رجلان فى شىء كل واحد يظنه لنفسه ، من غير يقين كالشىء يكون من قبل الأب ، أو الجد يفزعان إليه فى علمه ، فيشهد أنه لأحدهما ، فذلك جائز ، ويلزمهما ، ولا تشبه هذه المسألة مسألة الرجلين يتداعيان الشىء ، فيقول أحدهما قد رضيت بشهادة فلان بينى وبينك ، فيشهد الرجل على أحدهما ، فيقول المشهود عليه : ظننت أنك تقول الحق الذى تعلم أنه الحق، فأما إذ شهدت على غير الحق فلا أرضى بذلك ، فذلك له ، والشهادة غير جائزة عليه ؛ لأن المسألة الأولى ليس مع أحدهما يقين فى دعوى الملك ، وقد رضيا بعلم الرجل ، وشهادته ، وفى المسألة الثانية المشهود عليه يدعى تحقيق ملكه للشىء المشهود عليه فيه ، فافترقا .

وخالف ابن القاسم فى ذلك ، وقال : لا تنفذ شهادته ، وروى عن ابن نافع : أن للمشهود عليه الرجوع ، ما لم يحكم الحاكم بذلك ، فإذا حكم ، فلا رجوع له ، وقال مطرف : للذى رضى الرجوع ، مالم يشهد الشاهد ، فإذا شهد فلا رجوع له ، وإن لم يكن عدلا ؛ لأنه كالإقرار منه بما قال ، إلا أن يكون

ذلك منه على وجه التشكيك ، مثل أن يقول أحدهم : فلان يعرف هذا ، ويشهد به ، فيقول الآخر : اشهدوا ، إن قاله فلان ، فقد رضيت ، ثم يرجع فيقول : ماظننته أن يقول هذا فيكون ذلك له ، وليس هذا مثل نفورهما إليه ؛ لأجل علمه بالمشهود فيه ، فذلك يلزمه .

ومن ذلك أيضا : إذا قال الإمام فى الجهاد : من قتل قتيلا فله سلبه ، إذا كانت له بذلك بينة ، فإذا شهد شاهد واحد فإنه يكتفى به ، قال أبو الوليد الباجى : وعندى أنه يجزىء فى قبول ذلك الشاهد الواحد ؛ لأن النبى ﷺ دفع السلب إلى أبى قتادة بشهادة رجل واحد ، ولم يحلفه ، وحمل بعضهم ذلك على أنه من باب الخبر ، لا من باب الشهادة ، وهذا عند المالكية[1] .

وعند الحنابلة : فى المسألة هذه . قال ابن القيم : يكفى شاهد واحد ، وهو الأصح فى الدليل ، لحديث أبى قتادة الصحيح ، الذى لا معارض له ، ولا وجه للعدول عنه[2] .

ومن ذلك أيضا : قال ابن القصار : وعند مالك رحمه الله تعالى يقبل قول التاجر فى قيم المتلفات ، إلا أن يتعلق بالقيمة حد من حدود الله تعالى فلابد من اثنين ، مثال القيمة التى يتعلق بها حد تقويم العرض المسروق . هل بلغت قيمته النصاب ، أم لا ؟ فهنا لا بد من اثنين .

الحكم بقول الترجمان :

قال مالك رحمه الله تعالى : وإذا اختصم إلى القاضى من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه فليترجم عنه رجل ثقة مسلم مأمون ، فليخبره ، واثنان أحب

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٨٩ .
(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٩٢ .

إلينا . ولا تقبل ترجمة كافر ، أو عبد ، أو مسخوط عليه ، وفى قبول ترجمة المرأة العدل قولان مبنيان على أن ذلك : هل هو من باب الشهادة ، أو من باب الخبر .

قال مطرف ، وابن الماجشون : وذلك إذا لم يجد من الرجال من يترجم له ، وكان ما فيه الترجمة مما تقبل فيه شهادة النساء .

والقول : بأنه لا يقبل فى ذلك أهل الكفر ، ولا العبيد ، ولا المسخوط عليهم . قال بعض الشيوخ : يريد مع وجود عدل ، ولو اضطر إلى ترجمة أحدهم عمل بقوله كالحكم بقول الطبيب النصرانى فيما يضطر إليه فيه .

ولا تقبل ترجمة من لا تجوز شهادته على الذى يترجم عنه ؛ لما يتهم به عليه ؛ لأن القاضى إذا لم يعلم ما يتكلم به الخصم ، فكأنه لم يسمعه .

وعن سحنون : لا بأس أن تقبل ترجمة رجلين عدلين ممن يعلم ذلك اللسان ، وزاد غيره : إذا كانا ممن تكلما بها ، وأحكماها . وسكنا بين أهلها ، حتى عرفا تصاريف كلامهم ومعانيه ، ولم يخف عليهما ، ولم يخافا على أنفسهما الغلط فى ذلك ، فيقلدهما الحاكم فى ذلك ، إذا كانا على الصفة التى ذكرنا [1] .

وعند الحنابلة : نص أحمد فى إحدى الروايات عنه على قبول شهادة الشاهد الواحد ، بغير يمين فى الترجمة ، والتعريف ، والرسالة ، والجرح والتعديل .

قال خارجة بن زيد : عن زيد بن ثابت : « أن النبى ﷺ أمره أن يتعلم كتابة اليهود ، حتى كتبت للنبى ﷺ كتبه ، وأقرأته كتبهم إذا كتبوا إليه .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٩٣ .

وقال عمر ـ وعنده علي ، وعثمان ، وعبد الرحمن بن عوف : « ماذا تقول هذه ؟ فقال عبد الرحمن بن حاطب : تخبرك بصاحبها الذى صنع بها .

وقال أبو جمرة : « كنت أترجم بين ابن عباس ، وبين الناس » فقال بعض الناس : « لابد للحاكمين من مترجمين »[1] .

وعند الحنفية : تقبل أيضا : شهادة الفرد فى ترجمة الكلام[2] ، إذا لم يعرف القاضى لغة يحتاج إليها فى القضية المرفوعة إليه .

وكذلك : للشخص أن يقلد القصاب فى أمر الذبح للحيوان المأكول : ذكرا كان ، أو أنثى ، مسلما ، أو كتابيا ، ومن مثله يذبح ، ويقبل قوله : إنه ذكى وليس عليه استعلامه ، وليس هذا من باب الشهادة ، ولا الرواية ، بل من باب القاعدة الشرعية : أن كل واحد مؤتمن على ما يدعى : أنه ملكه ، أو مباح له فيقبل قوله ، وإن كان أفسق الناس[3] .

ومما يقبل فيه شهادة الشاهد الواحد :

إذا شهد برؤية هلال رمضان شاهد واحد قبلت شهادته فى ظاهر مذهب أحمد .

وذلك لحديث ابن عمر : « تراءى الناس الهلال ، فأخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنى رأيته ، فصام ، وأمر الناس بالصيام » رواه أبو داود .

وروى أبو داود أيضاً عن ابن عباس قال : « جاء أعرابى إلى النبى ﷺ

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٩٣ .

(٢) معين الحكام للطرابلسى ص ٩٤ .

(٣) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٩٠ .

فقال : « إنى رأيت الهلال ، فقال : أتشهد أن لا إله إلا الله ؟ قال : نعم ، قال : أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال : نعم . قال : يا بلال . أذن فى الناس فليصوموا غدا »[1] .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يجب إلا بشهادة اثنين .

حجة هذا القول : مارواه النسائى ، وأحمد وغيرهما عن عبد الله بن زيد ابن الخطاب ، عن أصحاب رسول الله ﷺ أنه قال :

« صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته ، وأمسكوا . فإن غم عليكم فأتموا ثلاثين يوما : فإن شهد شاهدان ذوا عدل فصوموا ، وأفطروا » .

وعن الحنفية : تقبل شهادة الفرد فى هلال رمضان ، إذا كان فى السماء علة والصحيح : قبول شهادة الواحد مطلقا ، كما دل عليه حديثا ابن عمر ، وابن عباس ولا ريب أن الرؤية كما تختلف بأسباب خارجة عن الرائى ، فإنها تختلف بأسباب من الرائين ، كحدة البصر وكلاله .

وقد شاهد الناس الجمع العظيم يتراءون الهلال ، فيراه الآحاد منهم ، وأكثرهم لا يرونه . ولا يعد انفراد الواحد بالرؤية بين الناس كاذبا . وقد كان الصحابة رضوان الله عليهم ـ فى طريقهم إلى الحج فتراءوا هلال ذى الحجة فرآه ابن عباس ، ولم يره عمر ، فجعل يقول : « ألا تراه يا أمير المؤمنين ؟ فقال : سأراه وأنا مستلق على فراشى »[3] .

وكذلك : يكتفى القاضى بقول أمينه فى التزكية ، ويعول على قوله فى

---

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٢) معين الحكام للطرابلسى ص ٩٤ .

(٣) الطرق الحكمية ص ١٨٧ .

تعديل من شهد عنده ، ويشترط : أن يكون أمينا ، ثقة ، عالما بوجه الجرح والتعديل[1] وقد ذكر ابن القيم الجوزية : أنه يجوز للحاكم الحكم بشهادة الرجل الواحد ، إذا عرف صدقه ، فى غير الحدود ، ثم يقول : ولم يوجب الله على الحكام ألا يحكموا إلا بشهادين ، وقد حكم النبى ﷺ بالشاهد فقط ، وقد ذهب طائفة من قضاة السلف العادلين إلى الحكم بشهادة الشاهد الواحد ، إذا علم صدقة من غير يمين ، أما حكمه ﷺ بالشاهد فقط ، فقد روى النسائى أن النبى ﷺ ابتاع فرسا من أعرابى ، ثم أنكر الأعرابى البيع ، وطفق يقول : هلم شهيدا ، فقال خزيمة بن ثابت : أنا أشهد أنك قد بايعته انتهى ملخصا ؛ ومعنى ذلك أن الرسول ﷺ قضى بشهادة الشاهد الواحد[2] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٩٣ .

(٢) الطرق الحكمية ص ٩٨ - ١١١ ، ١١٢ .

من الحجج

القضاء بقول امرأتين بانفرادهما :

عند المالكية : يكون ذلك فيما لا يطلع عليه إلا النساء : كالولادة ، والبكارة ، والثيوبة ، والحيض ، والحمل ، والسقط ، وصوت الصبي عند الولادة ، والرضاع ، وإرخاء الستور ، وعيوب الحرائر ، والإماء ، وفى كل ما تحت ثيابهن .

ووجه ذلك : لما كانت هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ، ولا يطلعون عليها أقيم فيها النساء مقام الرجال للضرورة .

شهادة المرأتين فيما يقع بين النساء فى المآتم والحمام :

شهادة النساء فيما يقع بينهن فى المآتم ، والحمام ، من الجراح ، والقتل — فيها خلاف عند المالكية ، والأصل الجواز للضرورة ، كشهادة الصبيان فيما يقع بينهم ، قال ابن المناصف : قيل : وكذلك إن لم يكونا عدلين ؛ لأنه موضع لا يحضره العدول ، قال اللخمى : وإن عدل منهن فى ذلك اثنتان أقيد فى القتل بغير قسامة ، واقتص فى الجراح بغير يمين ، فنحى بهن منحى الرجال .

والصحيح كما ورد فى تبصرة الحكام : أن شهادة النساء بعضهن على بعض فى المواضع التى لا يحضرها الرجال : كالحمام ، والعرس ، والمآتم ، وما أشبه ذلك — لا تجوز فيما يقع بينهن من الجراح ، والقتل ؛ لأن الغالب عدم ضرورتهن إلى الاجتماع فى ذلك ، وقيل : تجوز لحاجتهن إلى ذلك .

قاله ابن راشد ، قال : « ولم يزل النساء يجتمعن فى الأعراس ، والمآتم فى زمنه ﷺ ، وهلم جرا ، فإذا لم يقبل قول بعضهن على بعض ذهبت دماؤهن » .

وعن أبى زيد البرناسى قال : وهذا إذا كان فى العرس المباح ، الذى لا يختلط فيه الرجال مع النساء ، ولم يكن هناك منكر بين ، وكان دخولهن الحمام بالمئزر ، فهذه مسألة الخلاف ، وأما إذا كن فى الحمام بغير مئزر ، وفى الأعراس التى يمتزج فيها الرجال ، والنساء ، فلا يختلف فى المذهب أن شهادة بعضهن لبعض لا تقبل ، وكذلك المأتم لا يحل حضوره ، إذا كان فيه نوح ، وما أشبه ذلك مما حرمه الشارع ، لأن بحضورهن فى هذه المواضع تسقط عدالتهن ، والله تعالى اشترط العدالة فى الرجال والنساء بقوله تعالى : « مما ترضون من الشهداء »[1] .

هذا ، وقد سبق قول بعدم اشتراط العدالة ، فى الشهادة فى المآتم والحمام ، والله أعلم .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ .

من الحجج

القضاء بقول امرأة بانفرادها :

عند الحنفية : يكون ذلك فيما لا يطلع عليه إلا النساء كالولادة ، والبكارة والثيوبة ، والحيض ، والحمل ، والسقط ، وصوت الصبي عند الولادة وعيوب الحرائر ، والإماء ، وفى كل ما تحت ثيابهن .

ووجه ذلك : أنه لما كانت هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها ـ أقيم النساء مقام الرجال للضرورة .

ويقبل قول المرأة : فى إرسال الهدية ، ويجوز قبولها ، والإقدام على الأكل بقولها ، ويقبل قولها فى الإذن فى دخول الدار .

وعند المالكية : فى تبصرة الحكام : قال ابن كنانة تثبت الخلطة بشهادة امرأة واحدة بغير يمين .

ومنها : ثبوت الرضاع بشهادة امرأة واحدة ، وقد أجازه ابن القاسم ، وأجازه مالك إذا فشا عند الأهلين ، والمعارف .

وعند الإمام أحمد فى الرواية الثانية الأشهر : يثبت بشهادة امرأة واحدة كل ما لا يطلع عليه الرجال : كعيوب النساء تحت الثياب ، والبكارة ، والثيوبة والولادة ، والحيض ، والرضاع ، ونحوه ، فإنه تقبل فيه امرأة واحدة ، والرجل فى هذه المسائل كالمرأة ، والفرق بين هذا الباب ، وباب الشاهد واليمين ـ حيث اعتبرت اليمين مع الشاهد هناك ، ولم تعتبر هنا ـ أن المغلب هنا هو الإخبار عن الأمور الغائبة ، التى لا يطلع عليها الرجال ، فاكتفى بشهادة النساء ، وفى باب الشاهد ، واليمين : الشهادة على أمور ظاهرة ، يطلع

عليها الرجال فى الغالب فإذا انفرد بها الشاهد الواحد احتيج إلى تقويته باليمين[١] .

من الحجج

القضاء بشاهد وامرأة ويمين المدعى :

ورد فى مختصر الواضحة ، فى باب اليمين مع الشاهد . قال أشهب : قال مالك رحمه الله فى رجل شهد له رجل ، وامرأة : أنه وارث فلان - لرجل قد مات - أنه يستأنى بمثل هذا ، فإن لم يجد إلا هذين حلف ، وكان ذلك له يريد : وكان نسبه قد ثبت بعدلين[٢] .

ومعنى ذلك أن الأمر هنا يرجع إلى الإثبات بالشاهد واليمين ، وذلك جائز فى المال ، وما يؤول إلى المال ، كما سبق .

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ٩٥، الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٣٧ -
(٢) تبصرة الحكام ص ٢٩٨ .

من الحجج

القضاء بيمين المدعى ونكول المدعى عليه عن اليمين فى مكان الحلف المطلوب :

من وجبت عليه يمين فى حق من الحقوق التى لها بال ، أو فى ربع دينار فصاعدا ، فامتنع عن الحلف عند قبر رسول الله ﷺ ، فى مدينة رسول الله ﷺ ، إن كان بالمدينة ، وأبى الطالب أن يحلفه إلا بالمسجد ، وقال : أنا أحلف فى مكانى - فهو كنكوله عن اليمين ، فى مقاطع الحقوق .

وكذا الحكم إذا امتنع عن الحلف عند الركن بمكة ، أو امتنع عن الحلف فى الجامع الأعظم ، بغير مكة والمدينة ، فإذا نكل عن اليمين حلف المدعى فى ذلك الموضع - أى مقطع الحق - واستحق ، فإن نكل المدعى بطل ما ادعاه وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت[1] . وهذا عند المالكية ، كما سبق .

والمراد بمقطع الحق : المكان الذى طلب من الحالف أن يحلف فيه ، إذا لم يوجد مانع من ذلك شرعا .

وأما بالنسبة للركن : فقد قال ابن رشد : وأما فى مكة المشرفة فبين الركن والمقام . وقال ابن رشد : قال مالك : يحلف بمكة عند الركن ، ولم يذكر بين الركن والمقام .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ١٨٦ ، ١٨٨ .

من الحجج

القضاء بالتحالف من الجانبين : عند المالكية :

وذلك بأن يتحالفا ، ويقسم ما وقع التنازع فيه بينهما ، فيقضى لكل منهما بيمينه أو يحكم بالفسخ فيفسخ عن كل واحد منهما مالزمه بموجب العقد بيمينه ، وهذه المسألة تدخل فى أبواب كثيرة :

منها : اختلاف المتباعين . يقع التحالف بينهما فى أحد عشر نوعا :

النوع الأول : أن يختلفا فى جنس الثمن، فيقول أحدهما : دنانير ، ويقول الآخر : ثوب. فإنهما يتحالفان ، ويتفاسخان : إذ ليس تصديق أحدهما بأولى من تصديق الآخر ، وإذا فاتت السلعة يرد المشترى الذى قبض السلعة قيمتها .

وفى مفيد الحكام : القول قول مدعى البيع ، والشراء بالنقد ، مع يمينه ، وعلى الآخر البينة ؛ لأن الدرام هى الأثمان ، وبها يقع البيع .

النوع الثانى : أن يقع الاختلاف بينهما فى نوع المثمن : فيقول أحدهما : هو قمح ويقول الآخر : هو شعير . فإنهما يتحالفان ، ويتفاسخان .

النوع الثالث : أن يختلفا فى مقدار الثمن : فيقول أحدهما : بعشرين ، ويقول الآخر : بعشرة ، ولا خلاف أنهما يتحالفان ، ويتفاسخان عند المالكية ، ما لم يقبض المشترى السلعة ؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر .

وإذا ترجحت دعوى المشترى بقبض السلعة ففيها أربع روايات :

إحداها : أن المشترى يصدق فى الثمن مع يمينه ؛ لقوة جانبه بوضع اليد.

ثانيتها : أنهما يتحالفان ، ويتفاسخان ، وإن قبضها . ما لم يبن بها . فإن

بان بها المشترى فإنه يصدق حينئذ ، والروايتان لابن وهب .

ثالثتها : أنهما يتحالفان ، ويتفاسخان ، وإن قبضها ، وبان بها ، ولم تفت بتغير سوق أو بدن ، فيكون القول قول المشترى ، وهى رواية ابن القاسم .

رابعتها : أنهما يتحالفان ، ويتفاسخان ، وإن فاتت السلعة فى يد المشترى ويرد القيمة بدل العين ، وهى رواية أشهب . قال ابن راشد : وإنما يرد القيمة ما لم تكن أقل ، أو أكثر .

من الذى يبدأ باليمين ؟

وحيث قلنا : يتحالفان فالبداءة بالبائع ، وقيل : بالمشترى ، وقيل يقرع بينهما فلو نكل كل منهما : فقال ابن القاسم : يفسخ العقد ، كما إذا تحالفا ، وقال ابن حبيب : يمضى العقد بما قال البائع ، وهل يفتقر إلى يمين أم لا ؟ قولان : أما إذا نكل أحدهما وحلف الآخر : فإنه بناء على ما ذكره المالكية من حجج سابقة ننظر وهنا نجد أن كلا منهما مدع ، ومدعى عليه ، فإذا نكل المدعى عليه عن اليمين حلف المدعى ، واستحق . فيكون قضاء بنكول المدعى عليه ، وحلف المدعى .

وهل ينفسخ البيع بتمام التحالف ، أو يفتقر إلى حكم الحاكم بذلك ؟ قولان :

القول الأول : وهو فسخ البيع بتمام التحالف ـ قال به سحنون .

والقول الثانى : وهو الافتقار إلى حكم الحاكم ـ قال به ابن القاسم ، وابن عبد الحكم . وقال بعض القرويين : إن تحالفا بأمر القاضى فلابد من الحكم بالفسخ وإلا انفسخ العقد بتمام التحالف .

النوع الرابع : إذا اختلفا فى تعجيل الثمن ، وتأجيله : فقال البائع : بعت

بنقد . وقال المشترى : بنسيئة . فالقول قول من يؤيده العرف ، مع يمينه ، فإن لم يكن لتلك السلعة عرف . فقال ابن القاسم : يتحالفان ، ويتفاسخان ، وقال ابن وهب : إن كانت السلعة بيد البائع فهو مصدق مع يمينه . وإن قبضها المبتاع صدق مع يمينه ، إن ادعى ما يشبه .

وقيل : إن ادعى المبتاع أجلا قريبا يتحالفان ، ويتفاسخان ، إن كانت السلعة قائمة ، ويكون القول قول المشترى مع فوات السلعة ، وإن ادعى أجلا بعيدا فالقول قول البائع .

وإن اتفقا على الأجل ، واختلفا فى قدره : فالقول قول المبتاع مع فوات السلعة ويتحالفان ، ويتفاسخان ، إن كانت السلعة قائمة .

وإن اتفقا على الأجل ، واختلفا فى انقضائه : والأصل عدم الانقضاء : فيكون القول قول مدعى عدم الانقضاء ، مع يمينه .

النوع الخامس : إذا اختلفا فى الخيار وعدمه : فقال ابن القاسم : القول قول مدعى البت ـ أى عدم الخيار ـ مع يمينه ، وقال أشهب . قول مدعى الخيار ، وقيل يجرى فيه الخلاف الذى تقدم فى اختلاف المتعاقدين فى مقدار الثمن .

فإن ادعى كل منهما : أنه اشترط الخيار لنفسه ، دون الآخر . هل يتحالفان ويتفاسخان ، أو يتحالفان ، ويثبت البيع ؟ قولان لابن القاسم .

النوع السادس : اختلاف المتبايعين فى الرهن ، والكفالة : وحكم ذلك حكم اختلافهما فى قدر الثمن ؛ لأن الثمن يزيد مع فقد الرهن ، والكفالة وينقص مع وجودها .

النوع السابع : إذا اختلفا فى عين المبيع : فلا يخلو أن يختلفا فى ذلك

قبل القبض أو بعده . فإن اختلفا فيه قبل القبض ، فقال البائع : بعت منك هذا الثوب ، وقال المبتاع : بل هذا ـ تحالفا ، وتفاسخا .

وإن اختلفا فيه بعد القبض ، عند الحاكم برد المبيع ـ فالقول فى ذلك قول البائع مع يمينه ، وكذا لو قال رددته عليك بعد التحالف ، والتفاسخ ؛ لأن الأصل أنه ضمان من المبتاع ، فلايزال فى ضمانه حتى يقر له البائع بالقبض ، أو تقوم له البينة .

النوع الثامن : إذا اختلفا فى قدر المثمن ، فى بيع النقد . بعضه ببعض : ففيه الأقوال المتقدمة فى اختلافهما فى قدر الثمن ، ذكره المازرى .

النوع التاسع : إذا اختلفا فى قدر المسلم فيه ، فحكى ابن يونس عن ابن المواز : أنهما إذا اختلفا فى القدر ، بالقرب من حدوث عقد السلم ـ تحالفا ، وتفاسخا ، وإن اختلفا فى ذلك عند حلول الأجل ، فالقول قول المسلم إليه ، مع يمينه ، إن أتى بما يشبه ، وإن أتى بمالايشبه فالقول قول المسلم فيما يشبه .

فإن أتيا بما لا يشبه حملا على الوسط مما يشبه من سلم الناس .

النوع العاشر : إذا اختلفا فى الجودة : فقال ابن حبيب : القول قول المسلم إليه وقال فضل بن سلمة : يتحالفان ، ويتفاسخان .

النوع الحادى عشر : إذا اختلفا فى موضع القضاء : صدق مدعى موضع العقد ، فإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه ، فإن تباعد قولهما ، وأتيا بما لا يشبه تحالفا ، وتفاسخا ، وذلك إذا تباعدت المواضع جدا ، حتى لايشبه قول واحد[1] منهما ما يجرى بين الناس فى مثل ذلك .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

التحالف والتفاسخ فى النكاح

التحالف والتفاسخ يجرى فى النكاح ، إذا اختلف الزوجان فى نوع الصداق ، أو مقداره ، قبل الدخول ، من غير موت ، ولا طلاق ، فإنهما يتحالفان ، ويتفاسخان . وقال ابن حبيب : إذا تنازعا فى ذلك بعد الدخول تحالفا ، ووجب صداق المثل هنا : وإذا تنازعا دار ، ليست فى أيديهما قسمت بينهما ، بعد أيمانهما أما إذا اختلف المتكاريان فى الدور ، والأرضين ، والدواب : فى مقدار الأجرة ، أو جنسها أو مدة الإجارة - فالحكم فى ذلك كاختلاف المتابعين فى التحالف ، والتفاسخ[1] وقد سبق ذلك .

القضاء بالتحالف من الجهتين

عند الحنفية

إذا اختلف البائع ، والمشترى فى المبيع ، أو فى الثمن تحالفا ، وفسخ البيع الذى كان بينهما . وسواء كان الاختلاف فى قدر الثمن ، أو وصفه ، أو جنسه ، أو قدر المبيع ، وهذا إذا عجز كل منهما عن الإتيان ببينة تشهد له ، ولم يرض واحد منهما بدعوى الآخر ، ولم يكن فى البيع خيار .

قال فى الخلاصة : إذا كان للمشترى خيار رؤية ، أو عيب ، أو خيار شرط لا يتحالفان ، والبائع كالمشترى ، وظاهره أنه يتعين عليه الفسخ . والمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ ، فلا حاجة إلى التحالف .

---

(١) المرجع السابق ص ٣٠٨ .

ولكن ينبغى أن يقال : إن البائع إذا كان يدعى زيادة الثمن وأنكرها المشترى ، فإن خيار المشترى يمنع التحالف ؛ ليفر من الزيادة التى ادعاها عليه البائع ، وأما خيار البائع فلا يمنع من التحالف لأنه يدعى الزيادة ، ولعل فى القول بالتحالف فائدة له ، فقد ينكل المشترى عن اليمين فتلزمه دعوى البائع .

فسخ البيع : ويفسخ القاضى البيع بطلب أحدهما ، أو بطلبهما .

ولا ينفسخ بالتحالف فى الصحيح بدون فسخ القاضى ؛ لأنهما لما حلفا لم يثبت مدعاهما فبقى بيعا مجهولا ، فيفسخه القاضى ؛ قطعا للمنازعة ، ولا ينفسخ بفسخ أحدهما ، بل ينفسخ بفسخهما معا ، بلا توقف على فسخ القاضى ؛ لأن لهما الفسخ بدون اختلاف ، فكذا معه .

ومن نكل منهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر ، وهذا كله لو كان الاختلاف فى البدل مقصودا ، فلو كان ضمن شىء آخر كالوعاء الذى فيه المبيع ـ فالقول للمشترى ، ولا تحالف ، كما لو اختلفا فى وصف المبيع .

ولا تحالف فى غير اختلافهما على النحو السابق .

فلا تحالف فى الأجل : أى فى أصله ، أو قدره ، أو فى مضيه ، أو فى قدره ومضيه ، ففى الأولين : القول قول البائع ، مع يمينه ، وفى الثالث : القول قول المشترى .

وفى الرابع : القول قول المشترى فى المضى ؛ وقول البائع فى القدر ، بخلاف مالو اختلفا فى الأجل فى السلم ، فإنهما يتحالفان ؛ لأن الأجل فى السلم من طبيعته الملازمة له .

ولا تحالف فى شرط رهن بالثمن من المشترى ، ولا فى خيـــار ،

ولا فرق بين أصل شرط الخيار ، وقدره ، عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد ، ويتحالفان عند زفر ، وقد سبق تفصيل ذلك عند المالكية .

وكذلك : لا تحالف في ضمان الثمن : بأن قال البائع بعتكه ، بشرط أن يتكفل لي بالثمن فلان ، وأنكر المشترى ، ويتحالفان عند زفر .

وكذلك لا تحالف عند الاختلاف في قبض بعض الثمن ، أوحط البعض أو الإبراء من الكل والقول قول المنكر بيمينه ، خلافا لزفر .

هلاك المبيع عند المشترى

لوكانت السلعة هالكة في يد المشترى ، أوخرجت عن ملكه ، أوصارت بحال لايقدر على ردها بالعيب ، وكان الثمن دينا ، بأن كان دراهم ، أو دنانير واختلفا في قدر الثمن ، أووصفه - فهنا لاتحالف عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف وقال محمد من الحنفية : يتحالفان ، ويفسخ على قيمة الهالك[1] ؛ لأن قيمة الهالك تقوم مقامه ، والأصل في هذا التحالف : قوله ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا ، وترادا » .

وإذا اختلف الزوجان في قدر المهر ، فادعت المرأة : أن مهرها ألفان ، وادعى الرجل : أن مهرها ألف ، أو اختلفا في جنس المهر ، وعجزا عن البرهان - فهنا يتحالفان ، ولم يفسخ النكاح ؛ لأن المهر تبع للزواج بخلاف البيع فإن الثمن فيه أصل ، وعدم تسميته تفسد البيع ، وعدم تسمية المهر

---

(١) الدر المختار وحاشية قرة عيون الأخبار جـ ٧ ص ٤٧٣ وما قبلها ، معين الحكام للطرابلسي ص ١٠٢ .

لا يفسد النكاح ، وأثر التحالف هو انعدام التسمية ، وهذا عند أبى حنيفة ، وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الآخر ؛ لأنه صار مقرا بما يدعيه خصمه ، أو بإذلاله . وعند أبى يوسف : لا يتحالفان . والقول قول الزوج مع يمينه ، إلا أن يأتى بشىء مستنكر ، لا يتعارف مهراً لها مثل : لو ادعى النكاح على مائة درهم ، ومهر مثلها ألف . ويجعل مهر مثلها حكما ـ بفتح الحاء والكاف ـ فيقضى بقول الزوج ، لو كان مهر المثل كما قال ، أو أقل ويقولها لو كان كما قالت ، أو أكثر ، ويقضى بمهر المثل لو كان بين ما قالت المرأة وما قاله الرجل .

اختلف المؤجر ، والمستأجر فى بدل الإجارة ، أو قدر المدة :

إذا اختلف المؤجر ، والمستأجر فى بدل الإجارة ، أو فى قدر المدة ، قبل استيفاء المنفعة ـ تحالفا ، وترادا .

وإذا اختلفا بعد الاستيفاء لا تحالف ، والقول للمستأجر ، إذا كان الاختلاف فى الأجرة ، والقول للمؤجر إذا كان الاختلاف فى المدة ، والمراد من الاستيفاء التمكن من الاستيفاء .

ولو اختلفا بعد التمكن من استيفاء بعض المنفعة تحالفا ، وفسخ العقد فى الباقى من المدة ؛ لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة ، فكل جزء كعقد ، بخلاف البيع[1] .

---

(١) الدر المختار وحاشيته قرة عيون الأخيار جـ ٧ ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ .

التحالف عند الشافعية

التحالف بين المتبايعين :

المتبايعان إذا اختلفا فى : قدر الثمن تحالفا قولا واحد ، وكذلك إذا اختلفا فى الشروط التى يقبلها العقد : كالأجل ، والكفيل ، والرهن . وكذا إذا قال بعتك هذه العين بألف دينار ، فقال : بل بألف درهم فيتحالفان .

ولو قال : بعتك هذه الدار بألف ، فقال الآخر : بل وهبتنيها ، فالمذهب أنه ليس من صور التحالف ، وفيه وجه حكاه المراوزة أنهما يتحالفان .

التحالف على الخيار عند الشافعية

الخيار الذى يتعلق بالزمان ، أو المكان : قال القاضى حسين : لا يجرى فيه تحالف ، لقدرة كل واحد منهما على الفسخ ، وتعقب هذا بأنه غير سديد ؛ لأن التحالف ليس موضوعا للفسخ ، لكن لتحالف كل واحد منهما فيخاف من الحلف كاذبا فيرجع ، ويثبت العقد بيمين الصادق منهما . . . ولهذا جرى التحالف فى القراض والجعالة ، مع تمكن كل واحد من فسخه ؛ لأن حكمة التحالف ترقب خوف أحدهما ورجوعه ، فيثبت العقد الجائز بيمين الآخر الصادق ، ويستمر على الصحة . نعم ، إذا جرى التحالف منهما ، ولم ينكف أحدهما عن اليمين ، وقع التفاسخ ضروريا ، بعد جريان التحالف وهكذا يجرى التحالف فى اختلاف الإجارة والمتساقيين ، والصداق كنظيره فى البيع[١] .

---

(١) كتاب أدب القضاء لابن أبى الدم ٢١٤ ، ٢١٥ .

التنــــا كل

إذا تنا كل كل من المتبايعين ابتداء ففيه وجهان :

أحدهما : أن تنا كلهما كتحالفهما لحصول التضاد ، فيقع التفاسخ .

والوجه الثاني : أنا نتوقف ولا نفسخ ؛ لأن التفاسخ فى هذا الباب إنما أخذ من الحديث النبوى ، وهو ما رواه ابن مسعود : أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما ، تحالفا ، وترادا » وفى رواية « إذا اختلف المتبايعان تحالفا » وفى رواية مالك بلاغا عن ابن مسعود : « البيعان إذا اختلفا ترادا » وهذا الحديث ضعيف جدا ، ولم يذكر الأول فى كتب الحديث وإنما ذكره الفقهاء ، وخاصة الغزالى فى الوسيط ، وجزم الشافعى أن طرق الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول ، وروى الحديث عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند ، وأما رواية « فالقول قول البائع » وما أشبه ذلك فهى أصح ، ورواها أصحاب السنن وأحمد والحاكم وصححها[1] .

---

(١) كتاب أدب القضاء ص ٢١٨ تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلى .

مبحث

من الحجج : اللوث والقسامة

القسامة : مصدر أقسم قسما وقسامة . ومعناه : حلف حلفاً ، والمراد بالقسامة هنا : الأيمان المكررة فى دعوى القتل .

القتيل التى تجب فيه القسامة قتيل توفرت فيه شروط يتفق الفقهاء على بعضها ، ويختلفون فى البعض الآخر .

فالحنفية يقولون : كل قتيل به أثر للقتل ، إذا وجد فى محلة ، لا يعلم قاتله ، وادعى وليه القتل على أهلها ، أو على بعضهم عمداً ، أو خطأ ولا بينة له ، يختار منهم خمسين رجلا يحلفون بالله : ما قتلناه ، ولا علمنا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل المحلة ، وكذلك إذا وجد بدنه أو أكثره ، أو بعضه مع الرأس ، فإن لم يكن فيهم خمسون رجلا كررت الأيمان عليهم ؛ لتتم خمسين ومن أبى منهم يحبس حتى يحلف ، ويقضى بالدية للولى . وإن ادعى الولى القتل على غير أهل المحلة التى وجد فيها القتيل سقطت القسامة عن أهل المحلة.

وإن وجد القتيل على دابة يسوقها إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلة السائق ، وكذا القائد والراكب ، وإن وجد فى دار إنسان فالقسامة عليه ، وعلى عاقلته ، إن كانوا حضوراً معه ، وإلا كررت الأيمان عليه ، والدية على عاقلته ، وإن وجد بين قريتين فعلى أقربهما إذا كانوا يسمعون الصوت ، ولو وجد فى السفينة فالقسامة على الملاحين والركاب ، ولو وجد فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها . ولو وجد فى الجامع ، والشارع الأعظم فالدية فى

بيت المال ولا قسامة ، وإن وجد فى برية ، أو وسط الفرات فهو هدر ، وإن كان محتبساً بالشاطىء ، فعلى أقرب القرى منه ، إن كانوا يسمعون الصوت ولو وجد مقتولا فى دار نفسه ، فعلى عاقلته الدية لورثته عند أبى حنيفة ، وعند زفر : لا شىء فيه .

ولو وجد قتيل فى دار بين قوم لبعضهم أكثر مما للبعض الآخر فهى على الرؤوس ولا يدخل فى القسامة صبى ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة[1].

الأصل فى القسامة :

الأصل فى ذلك ما ورد عن سهل بن أبى حثمة قال : « انطلق عبد الله ابن سهل ومحيصة بن مسعود إلى خيبر ، وهو يومئذ صلح ، فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل ، وهو يتشحط فى دمه قتيلا ، فدفنه ، ثم قدم المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ، ومحيصة ، وحويصة ابنا مسعود إلى النبى ﷺ ، فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال : كبر كبر ، وهو أحدث القوم ، فسكت ، فتكلما ، قال : أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟ فقالوا : وكيف نحلف ، ولم نشهد ولم نر ؟ قال : تبرئكم يهود بخمسين يميناً ، فقالوا : نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقله النبى ﷺ من عنده » رواه الجماعة[2] .

اللـــوث :

المقصود باللوث عند الحنابلة : العداوة الظاهرة ، كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر وكما يكون بين القبائل التى يطلب بعضها بعضاً بثأر فى ظاهر المذهب عندهم .

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ٣٩٧ .

(٢) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٧ ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

واختلفت الرواية عن أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ فى اللوث .

فروى عنه : أنه العداوة الظاهرة بين المقتول ، والمدعى عليه كنحو ما كان بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل ، والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب ، وما بين البغاة وأهل العدل ، وما بين الشرطة واللصوص ، وكل من بينه وبين المقتول ضغن ، يغلب الظن أنه قتله .

نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا فى المسجد الحرام : ينظر من بينه وبينه فى حياته شىء ـ يعنى ضغناً يؤخذون به .

والرواية الثانية عن أحمد : أن اللوث ما يجعل الإنسان يغلب على ظنه صدق المدعى . وذلك مثل :

العداوة المذكورة ، أو أن يتفرق جماعة عن قتيل ، فيكون ذلك لوثاً فى حق كل واحد منهم .

أما إن ازدحم الناس فى مضيق ، فيوجد بينهم قتيل ، فظاهر كلام أحمد : أن هذا ليس بلوث ، فإنه قال فيمن مات من الزحام يوم الجمعة : ديته فى بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلى ، فإن سعيداً روى فى سننه عن إبراهيم قال : قتل رجل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال : بينتكم على من قتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لا تطل ـ أى لا تهدر ـ دم امرىء مسلم ، إن علمت قاتله ، وإلا فاعط ديته من بيت المال .

وكذلك من أمثلة اللوث : أن يوجد قتيل ، لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف ، أو سكين ملطخ بدم ، ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله ، مثل : أن يرى رجلا هارباً يحتمل أنه قتله وهرب ، أو رأى سبعاً يحتمل فيه ذلك .

وكذلك من اللوث : أن تقتتل فئتان ، فيفترقون عن قتيل من إحداهما

فاللوث على الأخرى ، إذا كان سلاح كل منهما يصل إلى الآخرى ، أما إذا كان لا يصل سلاح كل منهما إلى الآخرى فاللوث على طائفة القتيل .

وكذلك من الأمثلة : أن يشهد بالقتل عبيد ونساء ، ففى هذا عن أحمد روايتان :

إحداهما : أنه لوث ؛ لأنه يغلب على الظن صدق المدعى ، فأشبه العداوة .

الرواية الثانية : ليس بلوث ؛ لأنها شهادة مردودة ، فلم تكن لوثاً ، كما لو شهد به كفار .

وإن شهد به فساق أو صبيان ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس بلوث ؛ لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم ، فلا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين .

الثاني : يثبت بها اللوث ، لأنها شهادة ، فغلب على الظن صدق المدعى ، فأشبه شهادة النساء والعبيد ، وقول الصبيان معتبر فى دخول الدار ، وقبول الهدية[1] .

وعند المالكية : اللوث بثاء مثلثة المراد به الوجوه التى يقع بها التلويث والتلطيخ فى الدماء وهى كثيرة ، ومع كثرتها لا يتوصل بها إلى التمكن من الدماء ، لعظم خطرها ، ورفيع قدرها ، إلا أن فيها ما له من قوة ، لأجل ما احتف به من القرائن على صدق الدعوى .

فعند مالك - رضى الله عنه : أن اللوث هو الشاهد العدل على معاينة القتل ، وأخذ ابن القاسم بما قاله مالك ، ووافقه ابن وهب وابن عبد الحكم

---

(١) المغنى والشرح الكبير فى الفقه الحنبلى جـ ٩ ص ١٠ ، ١١ ، ١٢ .

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم : أن شهادة المرأتين لوث يوجب القسامة ، ولا يوجب ذلك شهادة امرأة واحدة .

وروى ابن المواز ، وأشهب عن مالك : أنه يقسم مع الشاهد غير العدل ومع المرأة ، قال ابن المواز عن أشهب : ولم يختلف قول مالك ، وأصحابه : أن العبد ، والصبي ، والذمي ليس بلوث .

وروى أشهب عن مالك : أن القسامة تجب بشهادة امرأة واحدة عدل ، وقيل يقسم مع جماعة النساء ، والصبيان ، والقوم ليسوا بعدول ، فإذا وقعت القسامة بشيء من هذا على القول بالجواز استحق أولياء المقتول الدم ، ووجه ذلك : أن القود إنما وجب بمجرد القسامة عند مالك ، ولا حكم للشاهد الواحد في ثبوت القود ، وإن كان عدلا ، لأن القود من حقوق الأبدان التي لا تستحق بالشاهد ، واليمين ، وإنما الواحد لوث ، ولطخ يقوى الدعوى في إباحة القسامة .

وإذا قال الميت قبل موته : دمي عند فلان ؛ فذلك عند مالك شبهة يقسم أولياء المقتول معها ، قال ابن حبيب : ولا يقسم مع قول الصبي : دمي عند فلان ، إلا أن يكون راهق ، فيقسم مع قوله :

ومن اللوث الذي يوجب القسامة ، والقصاص عند المالكية :

لو شهد شاهدان : أنهما رأيا رجلا خرج مستترا من دار في حال ريبة ، فاستنكرا ذلك ، فدخل العدول من ساعتهم الدار فوجدوا قتيلا يسيل دمه ، ولا أحد في الدار غيره وغير الخارج ، فهذه شهادة جائزة .

قال ابن القاسم : لو رأى العدول المتهم بجرد المقتول ، ويعريه وإن لم يروه حين أصابه ، فإن هذا لوث تجب معه القسامة[1] .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٣٢٩ وما قبلها .

ومن أمثلة اللوث أيضاً : أن الشاهدين إذا شهدا على معاينة الجرح أو على معاينة الضرب خطأ ، أو عمدا ، فإن ذلك يكون لوثا ، يقسم معه الأولياء ، ويستحقون القصاص فى العمد ، والدية فى الخطأ ، وهذا مقيد بتأخر الموت عن معاينة الجرح ، والضرب ، أما إذا لم يتأخر الموت عن ذلك فإن الأولياء يستحقون الدم ، أو الدية من غير قسامة[1] .

وإنما تكلمت عن اللوث ، لأنه حكم يحتاج إلى معرفة طرق إثباته ، كما أنه شرط لإجراء القسامة التى هى طريق من طرق الإثبات .

وقد ذكر الحنابلة شروطا لإجراء القسامة :

إحداها : دعوى القتل : فدعوى القتل شرط فى القسامة ، ولا تسمع الدعوى إلا محررة ، بأن يقول الولى : أدعى أن هذا قتل وليي فلان بن فلان عمدا ، أو خطأ ، أو شبه عمد ، ويصف القتل ، فإن كان عمدا قال : قصد إليه بسيف ، أو بما يقتل مثله غالبا .

أما إذا كانت الدعوى على واحد ، فأقر بأنه القاتل ثبت القتـــل . فإن أنكر المدعى عليه ، وشهدت عليه بينة عما يصح الاحتجاج بها على القتل حكم بها عليه ، فإن لم يوجد إقرار ، ولا بينة ، فإن الأمر يصير إلى القسامة .

الدعوى على أكثر من واحد :

إن كانت الدعوى على أكثر من واحد ، فذلك لا يخلو من أربعة أحوال :

---

(١) الخرشى على مختصر خليل وحاشية العدوى ج ٨ ص ٥٢ .

أحدهما: أن يقول : قتله هذا ، وهذا وتعمدا قتله ، ويصف العمد بصفته فيقال له عين واحدا ، فإن القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد .

الثاني : أن يقول : تعمد هذا ، وهذا كان خاطئا ، فهو يدعى قتلا غير موجب للقود ، فيقسم عليهما ، ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من عاقلة المخطىء .

الثالث : أن يقول : عمدا هذا ، ولا أدرى أكان قتل الثانى عمدا أو خطأ ؟ فقيل : لا تسوغ القسامة هنا ؛ لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً فيكون موجباً للدية عليهما ويحتمل أن يكون عامداً ، فلا تسوغ القسامة عليهما ، ويجب تعيين واحد ، والقسامة عليه ، فيكون موجبها القود ، فلم تجب القسامة مع هذا ، فإن عاد فقال علمت : أن الآخر كان عامداً ، فله أن يعين واحدا ، ويقسم عليه ، وإن قال : كان مخطئا ثبتت القسامة حينئذ ، ويسأل ، فإن أنكر ثبتت القسامة وإن أقر ثبت عليه القتل ، ويكون عليه نصف الدية من ماله ، لأنه ثبت بإقراره ، لا بالقسامة ، وقال القاضى : يكون على عاقلته ، والأول أصح ؛ لأن العاقلة لا تحمل الدية إذا كان القاتل معترفا .

الرابع : أن يقول : قتلاه خطأ ، أو شبه عمد ، أو أحدهما خاطىء والآخر شبه عمد ، فله أن يقسم عليهما[1] .

ثانى الشروط : اللوث ، وقد سبق الكلام عليه .

ثالث الشروط : اتفاق الأولياء فى الدعوى ، فإن ادعى بعضهم وأنكر

---

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٣ ، ٤ .

بعضهم لم تثبت القسامة ، فإن كذب بعضهم بعضا ، فقال أحدهم : قتله هذا ، وقال الآخر : لم يقتله هذا ، أو قال : بل قتله هذا الآخر لم تثبت القسامة ، نص عليه أحمد . وسواء كان المكذب عدلا ، أو فاسقا عند الحنابلة .

رابع الشروط : أن يكون فى المدعين رجال عقلاء : ولا مدخل للنساء والصبيان والمجانين فى القسامة ، عمدا كان القتل أو خطأ ، وذكر الخرقى من شروط القسامة أن تكون الدعوى عمدا ، يوجب القصاص ، إذا ثبت القتل ، وأن تكون الدعوى على واحد واستدل بحديث القسامة ، وفى هذا خلاف .

الصبيان والنساء والمجانين

أما الصبيان فإنهم لا يقسمون ، سواء كانوا من الأولياء ، أو مدعى عليهم ، لأن الأيمان حجة على الحالف ، والصبي لا يثبت بقوله هذه الحجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل إقراره ، فلأن لا يقبل قوله فى حق غيره أولى ، والمجنون غير مكلف فلا حكم لقوله .

وأما النساء : فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن عند الحنابلة [1] ، وبهذا قال ربيعة والثورى والليث والأوزاعى .

وعند المالكية : يحلف فى الخطأ المكلفون من الورثة ، رجالا ، ونساء على قدر ميراثهم . ولا يقبل على قسامة العمد إلا رجلان ، فصاعدا ولا مدخل فيها للنساء ، ولا حكم للواحد ؛ لأن الاثنين عندهم أقيما فى ثبوت الحق بإثباتهما مقام الشاهدين ، بخلاف القتل الخطأ ، فإذا كان الوارث واحداً فى القتل الخطأ

---

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣ .

حلف خمسين يمينا[1] متوالية واستحق الدية إن كان ذكرا ، أو نصفها ، إن كانت أنثى أو ثلثها إن كانتا اثنتين ، وإن كانوا جماعة وزعت عليهم على قدر مواريثهم وإن وزعت أيمان القسامة على الورثة ، فبقى كسر جبر هذا الكسر على أكثرهم حظا من الكسر ، وقيل على أكثرهم حظا من الأيمان .

مثال ذلك : أن يترك زوجات ، وبنات ، وأخوات ، فعلى الزوجات ستة أيمان ، وربع يمين ، وعلى البنات ثلاثة وثلاثون ، وثلث ، وعلى الأخوات عشرة أيمان ، وثلاثة أثمان ، وثلث ثمن ، فهل تجبر اليمين المنكسرة على الأخوات ؛ لأن حظهن من الكسر أكثر ، أو على البنات لأن حظهن من الإيمان أكثر ؟ اختلف في ذلك .

الكسر داخل كل نوع من الورثة :

فى المثال السابق : على الزوجات ستة أيمان ، وربع يمين وعلى البنات ثلاثة وثلاثون ، وثلث ، وعلى الأخوات الباقى . فإن كانت الزوجات أربعا حلفن يمينين يمينين على مذهب ابن القاسم وعلى مذهب أشهب يمينا يمينا ، ثم يحلف اثنتان منهن يمينا يمينا وعلى البنات ثلاثة وثلاثون يمينا . فإن كانت البنات عشرا حلفن ثلاثا ثلاثا ، ثم يحلف ثلاث منهن يمينا يمينا على مذهب أشهب ؛ وعلى مذهب ابن القاسم يحلفن أربعا أربعا .

ويكون على الأخوات إحدى عشرة يمينا ، إن جبرت اليمين المنكسرة عليهن ، فإن كن عشرا فعلى مذهب ابن القاسم يحلفن يمينين يمينين وعلى مذهب أشهب يمينا يمينا وتحلف واحدة يمينا .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٣١٦ ، ٣١٩ ، ٣٢٠ .

فإن وقع تشاح فيمن يحلف اليمين الزائدة فقد قال ابن كنانة : لا يجبر الإمام عليها أحدا ، ويقال لهن : لا نعطى واحدة مشكن شيئا إلا أن تحلفوا بقية الأيمان ، ويشبه أن يقول أشهب : مثل ذلك ، ويشبه أن يقرع بينهن[١] .

حكم القسامة :

ومما سبق : يتبين أن القسامة لا يثبت بها القصاص عند الحنفية .

وعند الحنابلة : أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القصاص ، إذا كانت الدعوى عمدا ، وتوفرت الأركان والشروط ، إلا أن يمنع من ذلك مانع . روى ذلك عن ابن الزبير ، وعن عمر بن عبد العزيز ، وبه قال مالك ، وأبو ثور وابن المنذر ، وعن معاوية ، وابن عباس ، والحسن ، وإسحاق[٢] . لا يجب بها الدية وأيضاً عند الشافعى فى مذهبه الجديد لا قصاص فيها وفيها الدية ، وذلك لما يأتى .

١ — لقول النبى ﷺ لليهود : « إما أن يدوا صاحبكم ، وإما أن يأذنوا بحرب » كما فى رواية متفق عليها[٣] .

٢ — لأن أيمان المدعين إنما هى لغلبة الظن ، وحكم الظاهر فلا يجوز بها إراقة الدم ، لقيام الشبهة المتمكنة فيها .

٣ — ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح ، فلا يجب القصاص بها .

---

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٢٥ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١١٧ .

(٣) نيل الأوطار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى ج ٧ ص ١٨٦ .

امتناع المدعين من الحلف فى القسامة :

إن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء .

هذا ظاهر مذهب الحنابلة ، وبه قال يحيى بن سعيد الأنصارى ، وربيعة ، وأبو الزناد ، والليث ، وأبو ثور ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ، ويغرمون الدية لقضية عمر ، فقد قضى عمر رضى الله عنه فى رجل وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضى الله عنه خمسين يمينا ، وقضى بالدية على أقرب الحيين من مكان وجود القتيل[١] .

القضاء بأيمـــان اللعان :

عند الحنفية : اللعان حقيقته : شهادات مؤكدة ، مزكاة بالأيمان ، موثقة باللعن ، والغضب ، ويكون اللعان بين الزوج وزوجته إذا رماها بالزنى ، وقال لها : حملك أو ولدك ليس منى .

وسميت أيمانها لعانا ، لأن فيها ذكر اللعن ، وكونها سببا فى بعد كل من الزوجين عن الآخر .

وصيغتها ؛ أن يقول الزوج أربع مرات : أشهد بالله إنى لصادق فيما رميتها به من الزنى ، ويقول فى المرة الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الـكاذبين فيما رماها به من الزنى .

وتقول المرأة ، وهى قائمة : أشهد بالله إنه لـكاذب فيما رمانى به من الزنى وتقول فى الخامسة : غضب الله عليها ، إن كان هو من الصادقين ، فيما رمانى به من الزنى .

---

(١) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤ ، ٢١ .

وكان الأصل : أن القذف بالزنى يترتب عليه الحد ، إلا أن الله جلت قدرته خفف عن الزوج نظراً لأن الزوج هو الذى ينسب إليه الولد ، وقد يكون محقا فى دعواه زنى الزوجة ، ولكنه لا يستطيع أن يثبت ذلك ، فيحد ويثبت نسب الولد منه .

فمن رحمة الله تعالى أن شرع اللعان بين الزوجين ، نفيا لحد قذف زوجته ونفيا لنسب الولد .

فقد ورد : أن هلال بن أمية قذف شريك بن سمحاء بامرأته فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال النبى ﷺ : أربعة شهداء ، وإلا فحد فى ظهرك يردد ذلك عليه مرارا ، فقال له هلال : والله يا رسول إن الله عز وجل ليعلم إنى لصادق ، ولينزلن الله عليك ما يبرىء ظهرى من الحد ، فبينما هم كذلك ، إذ نزلت عليه آية اللعان[1] .

قال تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ﴿ والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ﴿ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ﴿ والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »[2] .

الفرقة فى اللعان :

تقع الفرقة بين الزوجين بتمام التحالف دون حكم حاكم ، قاله مالك وابن القاسم ، وقال ابن حبيب : لا تقع الفرقة حتى يفرق الإمام بينهما

---

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٦٠ .

(٢) سورة النور الآيات : ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ .

وقال ابن نافع : يستحب له أن يطلقها ثلاثا عند فراغه من اللعان ، فإن لم يفعل أجريا على سنة المتلاعنين أنهما لا يتنا كحان أبدا ، وقال ابن لبابة : إن لم يفعل طلقها الإمام عليه ثلاثا ولم يمنعه من مراجعتها بعد زوج .

وفى كتاب ابن شعبان : وفرقة المتلاعنين ثلاثا ، ويتزوجها بعد زوج آخر ، وفى الجلاب ، فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق ، والمشهور ما قدمناه عن مالك وابن القاسم[1] والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

من الحجج

القضاء بشهادة بعض أصحاب الحق

قال ابن سهل : وفى بعض النسخ ، فى آخر كتاب الاستحقاق من العتبية وأراها من سماع أصبغ قلت : أرأيت القاضى إذا قضى بشىء للعامة كالطريق أو الخاصة ، أو المورردة ونحوها ، من يشهد عليه ؟ قال : عدول من العامة ، قلت : وكيف تجوز شهادتهم ، ولهم فى ذلك سهم ؟ قال : هذا ما لا بد منه ؛ لأنه لا يوجد أحد ليس له سهم يشهد عليه ، قال لى : وليس هذا سهما ».

ومعنى هذا : أن المعهود أن شهادة الشخص لنفسه لا تصح ؛ للتهمة ولكن جاز ذلك هنا ؛ للضرورة.

وقد قال الإمام مالك رضى الله عنه فى القوم تعرض لهم اللصوص ، فيأخذهم القوم ،فيأتون بهم الإمام ، ويشهدون أنهم تعرضوا لنا ، وتلصصوا أن الإمام يحكم فيهم حكم المحاربين بشهادتهم ، قال مالك رضى الله تعالى عنه : ومن يشهد عليهم إلا هم ؟»

وفى الذين سلبت أموالهم : يشهدون : أن هؤلاء سلبونا هذا المتاع ، وهذه الدواب ، وذلك بأيدى اللصوص ، قال مطرف : شهادة عدلين منهم جائزة فى عقوبة القطع ، وفى أموالهم وأموال غيرهم التى أخذها اللصوص.

قال أصبغ : قال ابن القاسم : تجوز شهادة عدلين منهم فى القطع وفى أموال الرفقة ، ولا تجوز شهادتهما فى أموالهما ، إلا أن يكون مالهما يسيرا ، فتجوز الشهادة لهم ، ولغيرهم .

وقال أصبغ : لا تجـــوز شهادتهما فى عقوبة القطع ، ولا الشاهدين ولا لغيرهما ، إن كثر ما كان لهما ، فإذا اتهموا فى بعض الشهادة سقطت كلها .

وقال أشهب ، وابن الماجشون : لا يعطون الأموال بشهادة كل واحد لنفسه، ولكن يعطون بشهادة بعضهم لبعض ولا يكونون أظناء بما يشهدون به لأنفسهم ، وإن قال اللصوص : ما قطعنا عليكم الطريق زالت الظنة ، وجازت الشهادة ، وإن قالوا : قطعنا عليكم ، فقد أقروا بما شهد به الشهود[1] .

ومن الحجج

القضاء بالشهادات المختلفة

فى مختصر الواضحة قال ابن حبيب : وكان ابن القاسم يقول : فى أربعة نفر شهدوا على رجل : أنه تكلم بكلمة واحدة فى مجلس واحد ، لم يلفظ بغيرها ، فقال الاثنان منهم : نشهد أنه قال :إن امرأتى طالق،وقال الآخران : بل إنما قال : غلامى حر ، أو قال الاثنان منهم : نشهد أنه قال : امرأتى فلانة المسلمة طالق ، لم يلفظ بغيرها ، وقال الآخران : بل قال : إمرأتى النصرانية طالق .. فإنه لا شىء عليه فى هـذا كله إذا كان منكراً ؛ لأن الشهادة قد اختلفت ، وأكذب بعضهم بعضا .

وأما مطرف ، وابن الماجشون فقالا : شهادة الفريقين من الشهود جائزة إذا كانوا عدولا ، لأن كلا شهد بغير ما شهد به الفريق الآخر فهذه شهادة ،

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

وهذه شهادة ، يقامان عليه جميعا ، وهكذا سمعنا مالكا يقول ، وجميع أصحابنا ، وهو الذى عليه حكم حكامنا ، وقول علمائنا ، لا نعلم خلافه ، قال عبد الملك : وبه نقول :

قال عبد الملك : قال لى مطرف : ولو شهد هؤلاء الأربعة عليه بلفظة واحدة ، فى مجلس واحد ، فشهد اثنان أنه قال : امرأته طالق ثلاثا . وقال الآخران : بل إنما قال : امرأته طالق واحدة ـ أخذ بقول الذين شهدوا عليه الثلاث ، ولا يلتفت إلى خلافهم ، إذا كانا عدلين .

وقال ابن الماجشون : يؤخذ بالذى اجتمعوا عليه من عدد الطلاق ثم أحلف المشهود عليه على مازاد أنه باطل ، بمنزلة ما لو شهد بذلك شاهد .

والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها من مسائل الطلاق ـ أن الخلاف فى المذكورة قبل يتعلق بامرأتين ، هل المطلقة هذه المرأة المسلمة ، أو المطلقة المرأة النصرانية ؟ .

أما المسألة الأخيرة : فالخلاف يدور حول امرأة واحدة ، هل طلقت ثلاثا ، أو طلقت واحدة ؛ ولذلك اختلف الحكم فى هذه المسألة عما قبلها .

الاختلاف فى شهادة الزنى والسرقة والقذف وشرب الخمر :

قال ابن الماجشون فى القوم يشهدون على الرجل بالزنى ، ويتفقون فى شهادتهما على الرؤية ، غير أنهم اختلفوا فى الأيام ، والمواطن التى حدث فيها الزنى قال إن شهادتهم تامة ؛ لأنهم اختلفوا فيما لو سكتوا عنه كانت الشهادة تامة ، ولم يكن على الحاكم أن يقول لهم : فى أى موضع كان ، ولا فى أى يوم كان ؛ فلذلك لا يضر شهادتهم اختلافهم فى ذلك .

قال ابن عبد الحكم ، وأصبغ : أخبرنا ابن القاسم : أن مالكا كان

يسقط الشهادة فى الرق، إذا اختلفوا فى الأيام ، والأشهر والمواضع ، وأجاز ذلك فى القذف ، والخمر ، وأقام به الحد .

الاختلاف فى الشهادة على الإقرار :

قال مطرف ، وابن الماجشون : وإذا شهد الواحد على رجل أنه أقر لرجل بمائة ، وقال الآخر : لا ، بل بخمسين ، وقد اجتمعا على أن ذلك كان إقرارا واحدا ـ خير المشهود له ، فإن شاء أخذ الخمسين بغير يمين ، لأنهما قد اجتمعا على الخمسين فى شهادتهما ، وإن شاء حلف مع الشاهد الذى شهد على المائة ، وأخذ المائة .

أما إذا لم يقولا ذلك كان إقراراً واحداً ، وإنما شهد كل واحد منهما بما سمع من إقراره على حدة ، أو شهد بما أشهده به على يد حاكم ، وقال الطالب : هما حقان اثنان ، وقال المطلوب : إنما هو حق ، دخل قليله فى كثيره ـ فالحكم هنا : أن الطالب يحلف مع كل شاهد منهما ويأخذ الحقين .

الشهادة على الإقرار فى أماكن مختلفة :

لو شهد شاهد على رجل : أنه أقر لفلان يوم عرفة بمكة من سنة كذا بمائة أردب ، وشهد آخر : أنه أقر فى ذلك اليوم بعينه بمصر لآخر بمائة أردب من قمح . وشهد آخر : أنه أقر فى ذلك اليوم بعينه فى الشام بمائة أردب شعير لثالث ـ فالحكم هنا : أنهم إن كانوا فى العدالة سواء سقطت الشهادات كلها ، وإن كان الأول ، والثانى سواء فى العدالة ، والآخر دونهما فى العدالة سقطت الشهادات كلها أيضاً ، لأن العدلين يسقط كل واحد منهما صاحبه ، وهما جميعا يسقطان الذى دونهما . أما لو وجدنا العادل فيهم واحدا ـ حلف المدعى ، وأخذ ما شهد به الشاهد العدل[1] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ .

وهذه المسألة والله أعلم محمولة على زمن لا توجد فيه وسائل المواصلات الحديثة السريعة كالطائرات المتقدمة .

أما الآن وقد وجدت وسائل المواصلات السريعة ، والمتقدمة والتى تمكن الإنسان من السفر إلى مكة ، ومصر ، والشام فى يوم واحد - فإن هذا الإقرار من شخص واحد يمكن أن يحدث فى يوم واحد ، فى هذه الأماكن ، كما يحدث من التجار ، فى معاملاتهم الآن .

وعليه : فالشهادات هنا جائزات على كل إقرار فى المسألة المتقدمة والمشهود له يحلف مع الشاهد تتميما للحجة ، والشاهدات كلها صحيحات ، إذا توفرت العدالة فيها ، وانتفت التهمة المؤثرة فيها . وجزى الله تعالى أئمتنا عنا خيرا ، فقد فتحوا لنا طريق الفهم ، وأناروا لنا السبيل .

مطلب

من الحجج : القضاء بالشهادة على الخط

القضاء بالشهادة على الخط يتناول أموراً ثلاثة :

١ — الشهادة على خط المقر .

٢ — الشهادة على خط الشاهد الميت ، أو الغائب غيبة بعيدة .

٣ — الشهادة على خط نفسه .

ونبدأ بالكلام على خط المقر فنقول :

الشهادة على خط المقر جائزة ، والمراد بالإقرار كتابته .

فإذا شهد عدلان على خط شخص فى ورقة مكتوبة ، فإنه يعمل بها ولا تحتاج إلى يمين المدعى ، ولو شهد عدل واحد حلف الطالب واستحق ، وأما يمين القضاء — وهى التى يطلبها القاضى زيادة على الشهادة من العدلين ، أو شهادة العدل مع يمين المدعى — فلا بد منها فيحلف المدعى : ما باع ، ولا وهب ، ولا أبرأه من هذا الحق الذى يدعيه المدعى ، ولا تصح هذه الشهادة على خط المقر إلا بالشروط الآتية :

١ — ألا يكون فى المستند المشهود على الخط فيه — ريبة من محو ، أو كشط ، فإن كان فيه ريبة فلا تجوز الشهادة عليه ، اعتذر عن ذلك أم لا ، على المذهب عند المالكية .

٢ — أن تعرف الشهود الخط معرفة تامة ، لاشك فيها ، ولاريبة فلابد فيها من القطع .

٣ — أن يعرف الشهود أن صاحب الخط كان يعرف من شهد عليه ،

أى يعرف نسبه ، أو عينه ، فإن لم يعرفوا ذلك لم يشهدوا على خطه ؛ لاحتمال أنه شهد على من لا يعرف وهذا ظاهر بالنسبة للشهادة على خط الشاهد .

٤ — أن يعرف الشهود أن المشهود على خطه تحمل الشهادة ، ووضع خطه ، وهو عدل ، واستمر عدلا إلى موته ، وهـذا أيضاً ظاهر فى الشهادة على خط الشاهد ، وستأتى .

الشهادة على خط الشاهد الميت

أو الشاهد الغائب بمكان بعيد

الشهادة على خط الشاهد الغائب ، بمكان بعيد ، أو الذى مات جائزة بالشروط السابقة المشروطة لصحة الشهادة على خط المقر .

ولا تجوز الشهادة على خط الشاهد الغائب بمكان قريب — أى لا يدرك الشاهد الغائب مشقة فى حضوره إلى مكان القاضى لسؤاله عن صحة هـذه الشهادة — وجهل مكان الذى نسب إليه الخط بمنزلة البعد .

شهادة الشخص على خط نفسه :

لا يجوز للشخص أن يشهد على خط نفسه ، وإن عرفه ، حتى يذكر القضية كلها ، أو يذكر بعضها ، مما يدل على حقيقتها ، وتنفى التهمة عنـه فيها ، فإن لم يذكرها فإنه يؤديها على ماعلم ، بأن يقول للقاضى : هذه شهادتى بيدى ، ولا أذكرها .

ولا تقبل الشهادة على الخطوط إلا من الفطن ، العارف بالخطوط .

وقد ذكر الشيخ على العدوى : أن الراجح أنه يشهد على خط المقر ، سواء كان مالا ، وما يؤول إليه ، أو غير ذلك ، كالطلاق ونحوه ، وأما خط

الشاهد ، فإنه يشهد عليه ، إن كانت شهادته فى مال ، وما يؤول إليه ، فإن كان فى غير ذلك ، فلا يشهد على خط ، وهو الذى تجب الفتوى به[١] .

وفى تبصرة الحكام : قال ابن عبد السلام : قال الباجى : مشهور قول مالك : أن الشهادة على خط الشاهد لا تجوز ، وبالجواز قال ابن القاسم ، وابن وهب ، وسحنون ، وقال ابن راشد : قال الشيخ أبو الوليد بن رشد : لم يختلف قول مالك فى الأمهات المشهورة فى إجازتها وإعمالها ، وروى عنه : أنها لا تجوز ، فقد يكتب الشاهد بخطه ما يستريب فيه وقت الأداء ، وقد يكتب شهادته على من لا يعرفه بعينه ، ولا باسمه ، وقد يكتب شهادته على نوع من الإكراه[٢] فلا يجوز لشاهد أن يشهد على خطه .

وإذا قلنا : بجواز الشهادة على الخط فإنه يشترط مع مراعاة ما سبق : أن يكون الشاهد على الخط من أهل اليقظة ، والفطنة ، والمعرفة التامة ، وحسن التمييز .

وقال أصبغ : الشهادة على خط الشاهد فى غيبته ، أو موته لا يعجل الحاكم بالحكم بها ، وليتثبت .

وبالنسبة لخط المقر :

بالإضافة إلى ما سبق قال ابن المواز : لم يختلف مالك ، وأصحابه فى جواز الشهادة على خط المقر ، والاتفاق حكاه أيضاً ابن هشام وفى الجلاب رواية المنع .

---

(١) الخرشى وحاشية الشيخ العدوى جـ ٧ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٥٧ .

وفى الطرر لابن عات مما نقله عن الكافى : من شهد له شاهدان على خط غريمه ، بما ادعاه عليه ، وهو جاحد ـ فإنه لا يحكم له بمجرد الشهادة على خطه ، حتى يحلف معها المدعى ، فإذا حلف : أن دعواه لحق ، وما اقتضيت منه شيئا مما كتب بخطه ـ أعطى حقه .

فإن كان طالب الحق ميتاً حلف ورثته : إنه لحق ، وما علمناه اقتضى منه شيئا ، رواه ابن وهب عن مالك رضى الله تعالى عنه .

وبالنسبة إلى الشهادة على خط نفسه :

شهادة الشاهد على خط نفسه فى الوثيقة ، إذا علم أنه خطه ولم يذكر الموطن المروى عن مالك رضى الله تعالى عنه : أنه إذا لم يشك فى خطه ، ولم ير فى الكتاب محواً ، ولا إلحاقا ولا شيئاً يكرهه ـ فليشهد ، وبه قال ابن الماجشون ، والمغيرة وابن أبى حازم ، وابن دينار ، وابن وهب ، وابن عبد الحكم وسحنون ، ورواه مطرف عن مالك ، قال مطرف : ثم رجع فقال : لا يشهد ، وإن عرف خطه ، حتى يذكر الشهادة ، أو بعضها ، أو ما يدل منها على أكثرها ، وبه قال ابن القاسم ، وأصبغ .

قال ابن حبيب : وهو أحوط ، والأول جائز .

وفى المدونة : لا يشهد حتى يستيقن الشهادة ، ويذكرها .

وفى سماع أبى زيد : لا يشهد حتى يذكر ما فى الكتاب حرفا بحرف ، أما إذا كان كتاب الوثيقة كله بخط الشاهد ، وشهادته فى أسفله ، وهو يعرف خطه ، ولم يرتب ـ بفتح الياء ، وسكون الراء ـ غير أنه لم يذكر الشهادة : فحكى ابن يونس الاتفاق فى مذهب مالك على جواز الشهادة ، وإن لم يذكرها .

وفى المدونة ما يدل على خلاف ذلك ، وأنه لا يشهد به .

العمل بالخط عند الحنفية :

إذا كتب شخص ورقة بخطه : إن فى ذمته لشخص كذا ، ثم ادعى عليه فجحد المبلغ ، واعترف بخطه . ولم يشهد عليه . فالجواب : إذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال ، وهو أن يكتب : يقول فلان بن فلان الفلانى : إن فى ذمته لفلان بن فلان الفلانى كذا ، وكذا فهو إقرار يلزم به ، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه .

الشهادة على خط المقر عند الحنفية :

إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود ـ فهو معتبر ، فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحده ، إذا عرف الشاهد ما كتبه ، أو قرأه عليه .

أما إذا شهدوا : أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لا يحكم بذلك . ومعنى هذا : أن الحق يثبت باعتراف المدعى عليه بأنه خطه ، أو بالشهادة عليه بذلك ، إذا عاينوا كتابته ، أو قرأه عليهم ، وإلا فلا .

وهذا إذا كان معنونا[1] ، ولعل المقصود بقوله: إذا كان معنونا أن الكتابة على رسم كتابة الصكوك على الكيفية السابقة أو فى رسالة مصدرة معنونة .

وورد أيضاً بالنسبة لخط المقر عند الحنفية :

إن أخرج المدعى خط إقرار المدعى عليه ، فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب ، وبين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما كخط كاتب واحد ـ

---

(١) تكملة رد المحتار على الدر المختار جـ ٧ ص ٨٨ .

لا يحكم عليه بالمال هو الصحيح وإن أفتى البعض بخلافه .

ومن هذا يتبين : أنه اضطرب كلامهم فى مسألة العمل بالخط ولعله مبنى على اختلاف الرواية ، أو أن فيه قولين .

وأشار العلامة البيرى إلى أن قولهم : « لا يعتمد على الخط ، ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليـــــه خطوط القضاة الماضين إلخ » يستثنى منه ما وجده القاضى فى أيدى القضاة الماضين ، وله رسوم فى دواوينهم ، ويشير إليه ما قاله فى الإسعاف : من أن ذلك استحسان .

خط السمسار والبياع والصراف :

يستثنى عند الحنفية أيضاً ، من عدم العمل بالخط — خط السمسار ، والبياع ، والصراف ، فهو حجة ، وإن لم يكن معنونا ظاهراً بين الناس ، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف .

وفى الأشباه : لا يعمل بالخط إلا فى مسألة كتاب الأمان ، ويلحق به البراءات ، ودفتر بياع ، وصراف وسمسار إلخ .

وجزم ابن الشحنة ، وابن وهبان بالعمل بدفتر الصراف ، والبياع والسمسار ، لعلة أمن التزوير ، كما جزم البزازى ، والسرخسى وقاضيخان ، وأن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى .

فالأمن من التزوير مقطوع به ، فلو وجد فى الدفاتر : أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية — مثلا — يعمل به من غير بينة ، وبذلك يفتى مشايخ الإسلام[1] .

---

(١) تكملة رد المحتار على الدر المختار جـ ٧ ص ٨٦ .

وأعتقد أنه فى معنى الدفاتر السلطانية المنصوص عليها ـ الدفاتر الحكومية الموجودة فى الإدارات المختلفة إذا كانت بعيدة عن التزوير .

ويقول صاحب التكملة وعليه فما يوجد فى دفاتر التجار فى زماننا ، إذا مات أحدهم ، وقد حرر بخطه ما عليه فى دفتره الذى يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة ، والهزل ـ يعمل به ، والعرف جار بينهم بذلك ، فلو لم يعمل به لزم ضياع أموال الناس ، إذ غالب بياعاتهم بلا شهود .

واحتمال : أن التاجر يمكن أن يكون قد دفع المال وأبقى الكتابة فى دفتره بعيد جداً .

ويقول أيضاً صاحب التكملة : ثم لا يخفى أنا حيث قلنا : بالعمل بما فى الدفتر فذاك فيما عليه ... أما فيما له على الناس فلا ينبغى القول به ، فلو ادعى بمال على آخر مستنداً لدفتر نفسه لا يقبل ؛ لقوة التهمة[1] .

وأعتقد أن هذا يكون فى دفتر البياع ، والسمسار ، والصراف الذى يعمل لحسابه الخاص ، أو لشركة خاصة .

أما الدفاتر الحكومية : فالأصل فيها أنها حجة فيما للحكومة مع وما عليها نظراً لما فى إدارتها من مراجعين ، ومراقبين مأمورين بأخذ الحق ، وإعطاء الحق ، بدون زيادة ، ولا نقصان ، كما أنهم وسطاء محايدون بين الدولة ، ومن يتعامل معها . هذا هو الأصل ، لكن إذا قامت قرائن ، أو قرينة تدل على الانحراف فمن حق صاحب الشأن أن يطالب التحقيق فى ذلك .

الحكم بالخط عند الحنابلة :

قال إسحق بن إبراهيم : قلت لأحمد : الرجل يموت ، وتوجد له وصية

---

(١) تكملة رد المحتار على الدر المختار جـ ٧ ص ٩٠ .

تحت رأسه ، من غير أن يكون أشهد عليها ، أو أعلم بها أحداً . هل يجوز إنفاذ ما فيها ؟ قال : إن كان قد عرف خطه وكان مشهور الخط فإنه ينفذ ما فيها .

وقد صرح أصحاب أحمد : بأن الوارث إذا وجد فى دفتر مورثه : إن لى عند فلان كذا ـ جاز له أن يحلف على استحقاقه .

وكذلك لو وجد فى دفتره : إنى أديت إلى فلان ماله على جاز له أن يحلف على ذلك ، إذا وثق بخط مورثه وأمانته .

وقد وردت روايات فى شهادة الشاهد ، بناء على خطه ، إذا لم يذكره .

إحدى هذه الروايات : أنه إذا تيقن أنه خطه شهد بذلك .

الرواية الثانية : لا يشهد حتى يذكر هذا الخط .

الرواية الثالثة : أنه إن كان فى حرزه ، وحفظه شـهد بذلك وإلا فلا يشهد[١] .

ومعنى ذلك : أن الشاهد يشهد على الواقعة ، ويضع خطه بهذا ، ثم يطلب منه أن يؤدى هذه الشهادة أمام القاضى بناء على خطه السابق ، ففى هذا الروايات الثلاث .

القضاء بشهادة الاسترعاء :

قد يفعل الشخص شيئا لا يرضى عن نفاذه ، ويريد أن يرجع فيه ، إن كان عقدا ؛ ولذلك فهو يشهد على عمله هذا شهادة استرعاء : بأن يطلب من الشهود أن يراعوا هذه الشهادة وأن يحفظوها للشهادة . بأنه متى عقد فى داره

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٩٩ ، ٣٠١ .

بموضع كذا تحبيساً — أي وقفاً — على بنيه ، أو على أحد من الناس فإنما يفعله لأمر يتوقعه على نفسه ، أو على ماله المذكور ، وليمسكه على نفسه ، ويرجع فيما عقده فيه عند أمنه مما تخوفه ،وأنه لم يرد بما عقده ، وجه القربة ، ولا وجه الحبس ، بل لما يخشاه وأنه غير ملتزم لما يعقده فيه من التحبيس ، وأشهد عليه بذلك فى تاريخ كذا ، وكذا .

وإذا خطب من هو قاهر لشخص بعض بناته ، فأنكحه المخطوب إليه ، وأشهد سراً : أنى إنما أنكحه خوفا منه ، وهو ممن يخاف عداوته ، وأنه إن شاء هذا الخاطب اختارها بغير نكاح فأنكحه المخطوب إليه على ذلك . فالحكم أن هذا النكاح مفسوخ أبدا ،قاله ابن الماجشون ، وأصبغ، وابن عبد الحكم.

أيضاً : ظالم ، أومن يخاف شره بنى غرفة مستحدثة بإزاء دار رجل وفتح بابا يطلع منه على ما فى دار هـــذا الرجل ، على وجه الاستطالة لقدرته ، وجاهه ، فيشهد الرجل هذا : أن سكوته عنه لخوفه منه على نفسه، أن يضره ، ويؤذيه ، وأنه غير راض بذلك وأنه سوف يقوم مطالبا بحقه ، متى أمكنه ، ثم يشهد له الشهود عند القاضى بذلك ، فهذا ينفعه ، متى قام بطلب حقه .

ما يكون فيه الاسترعاء :

الاسترعاء ينفع فى كل تطوع : كالهبة ، والوقف ، وينفع أيضاً فى الطلاق مثل : أن يشهد : أنى إن طلقت ، فإنما أطلق خوفاً من أمر أتوقعه من جهة كذا ، وكأن يشهد الشهود قائلا لهم : اشهدوا : أنى إن حلفت بالطلاق فإنما هو لأجل إكراه،فهذا لا يشترط فيه معرفة الشهود السبب الذى دفعه لذلك .

ولا يجوز الاسترعاء فى البيوع مثل : أن يشهد قبل البيع ؛ أنه راجع فى البيع ، وأنه بيعه لأمر يتوقعه ؛ لأن البيع خلاف التطوع ؛ لأن البائع يأخذ

ثمناً ، والمشترى له حق فى المبيع ، إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع ، أو الإخافة ، فيجوز الاسترعاء ، إذا انعقد قبل البيع ، وتضمن العقد شهادة من يعرف الإخافة ، والتوقع الذى ذكره(١) .

القضاء بشهادة التوسم :

التوسم مأخوذ من الوسم ، وهو التأثير بحديدة فى جلد البعير ليكون ذلك علامة ، يستدل بها عليه ، ولعل المقصود هنا العلامة التى يستدل بها على حرية الشهود ، وعدالتهم .

قال ابن حبيب فى الواضحة : قال لى مطرف ، وابن الماجشون فى القوافل ، والرفاق تمر بأمهات القرى ، والمدائن ، فتقع بينهم الخصومة عند حاكم القرية ، أو المدينة التى حلوا بها ، أو مروا بها : إن مالكاً ، وجميع أصحابنا أجازوا شهادة من شهد منهم لبعض على بعض ، ممن جمعه ذلك السفر ، وجرته تلك المرافقة ، وإن لم يعرفوا بعدالة ، ولا سخطة - أى ولا تجريح - إلا على التوسم لهم بالحرية ، والعدالة ، وذلك فيما وقع بينهم من المعاملات فى ذلك السفر خاصة : من الإجارات ، والبيوع . . كانوا من بلد واحد ، أو من أهل بلدان شتى ، كان المشهود عليه ، والشهود من أهل القرية ، أو المدينة التى اختصموا فيها ، أو معروفاً من غيرها ، إذا كان ممن جمعه ، وإيام ذلك السفر .

وإنما أجيزت شهادة التوسم على وجه الاضطرار ، مثل : ما أجيزت شهادة النساء وحدهن ، فيما لا يحضره الرجال ، ومثل : ما أجيزت شهادة الصبيان بينهم فى الجراحات .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٢٦٦ — ٢٦٩ .

ولا يقبل بعضهم على بعض فى سرقته ، ولا زنا ، ولا غصب ولا تلصص ، ولا معاينة ، وإنما أجيزت فى المال فى السفر للضرورة .

وحكى ابن حبيب ذلك - أى شهادة التوسم - عن مالك وأصحابه خلاف ظاهر قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك : أنه لم يجز شهادة الغرباء ، دون أن تعرف عدالتهم :

يمكن الجمع بينهما : أن الذى رآه ابن القاسم فى الغرباء حيث لا يكون ضرورة ، مثل شهادتهم فى الحضر ، والله أعلم[1] .

القضاء بشهادة الأبداد :

الأبداد - بدالين مهملتين : وهم المتفرقون ، واحدهم بد . مثل : مد ، وهو مأخوذ من قولهم : بدد الله شمل العدو ، لأن الشهود شهدوا فى ذلك متفرقين ، واحد هنا ، وآخر فى موضع آخر ، وواحد اليوم ، وواحد غداً .

قال يحيى بن سعيد : يجوز شهادة الأبداد فى النكاح .

قال ابن الهندى فى وثائقه ؛ شهادة الأبداد لا تعمل شيئاً ، إذا شهد كل واحد منهم بغير نص ما شهد به صاحبه ، وإن كان معنى جميع شهاداتهم واحد - حتى يتفق منهم شاهدان على نص واحد .

وقد ورد ما يخالف ذلك . فقد قيل : لو شهد رجل أن زيداً باع من عمرو سلعة ، وشهد آخر : بإقرارهما بالبيع - كملت الشهادة ؛ لأنهما فى المعنى قد اجتمعا على نقل الملك .

وفى المتيطية : لو جرح شاهد شاهداً بوجه من وجوه الجرح وجرحه

---

(١) المرجع السابق ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

آخر بغير هـذا الوجه من الجرح ــ فقد قال سحنون : هى جرحة ؛ لأنهما اجتمعا على أنه رجل سوء ، وقال أيضاً : ليس بتجريح حتى يجتمعا على وجه واحد ، وبقوله الأول قال محمد بن عبد الحكم .

وفى أحكام ابن سهل : سئل مالك رحمه الله تعالى عن شاهدين شـــهد أحدهما فى منزل : أنه مسكن هذا ، وشهد آخر : أنه حيزه ــ فقال خصمه : قد اختلفت شهادتهما فقال مالك : مسكنه، وحيزه شهادة واحدة ، لا تفترق [1] .

القضاء بشهادة الاستغفال :

عند الحنفية : إذا كان لرجل على آخر حق ، فيقر فى السر ويجحد فى العلانية ؛ وعجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه فاحتال : بأن أدخل قوما من العدول فى بيته ، ثم استحضر من عليه الحق ، فأقر بذلك سرا ، وخرج ، فسمعه الشهود ــ حل لهم أن يشهدوا ؛ لأن العلم قد حصل ، وقيل : لا يحل ؛ لأن فيه تدليساً ، وغرورا .

ولكن إنما يجوز إذا كان الشهود يرون وجهه ، ويعرفونه . وإن كانوا لا يرون وجهه ، ولكن يسمعون كلامه لا يحل لهم أن يشهدوا ؛ فإن شهدوا ، وبينوا القاضى ذلك .

لم تقبل شهادتهم، إلا إذا أحاطوا علماً به ، بأنهم رأوه دخل بيتاً ، وعلموا أنه ليس فى البيت غيره ، وليس لهذا البيت مسلك آخر ، وسمعوا إقراره ، بحيث لا يشتبه عليهم حاله ؛ وهنا تحل لهم الشهادة .

وينبغى للشاهد التنبه إلى أنه يرفع نفسه عن أن يختبىء ؛ ليشهد ، فهذا عما لم يندب إليه ، ولا فرض عليه ، فإن فعل فقد فعل ما لا يليق بالفضلاء ،

---

(١) تبصرة الحكام جـ١ ص ٣٧٣، ٣٧٤، معين الحكام للطرابلسى ص ١١٣ .

ولا يختاره العقلاء[١] .

وعند المالكية : ورد فى وثائق ابن الهندى : اختلف فى شهادة الاستغفال ، وهى : أن يدخل الرجل شهوداً خلف ستر ، ثم يستمع الذى يستغفل فى الحديث ، فيقر بشىء . فأجاز ذلك قوم . وكرهه آخرون ، والمشهور أن ذلك لا يضر .

وقيده سحنون بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ، ولا خائف .

حجة المجيزين والكارهين :

١ — شهادة الأعمى بناء على معرفة صوت المتكلم .

٢ — أخذ الناس عن أزواج النبى صلى الله تعالى عليه وسلم من وراء حجاب .

٣ — وقول النبى صلى الله تعالى عليه وسلم : إن بلالا ينادى بليل ، فكلوا ، واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم وإنما كان الناس يسمعون أصواتهما ، وهم فى بيوتهم . أما من كره ذلك : فن حجته أن الشهود شاركوا فى التدليس ولا يحل لهم ذلك .

مع أن الأصوات قد تختلف ، وقد تتفق ، ويشبه بعضها بعضاً فإن رآه الشهود ، وهو لا يشعر فهو مكروه ، وهو موضع إشكال ، واشتباه ، فتركه أحوط .

وورد أيضاً : أنه إذا سمع الشاهد من يقر بالحق ، أو يطلق أو يفترى ، فإن

---

(١) معين الحكام صـ ١١٢ .

استوعب ذلك شهد به ، وجازت شهادته ، ولا يكتمها ، فإن لم يعلم من هى له فليعلمه .

وروى عن مالك : أنه لا يشهد بها ، وفى الموازية : يشهد بما سمع من قذف دون غيره ؛ لأنه أمر يحاط به ، بخلاف غيره من المعاملات[1] .

القضاء بالشهادة التى مستندها الحزر والتخمين :

هذه الشهادة تظهر فى عدة أشياء ، ويصح القاضى أن يقضى بها . منها : كما فى أحكام ابن سهل : فى رجل هدم بيتاً لرجل ، وأخذ خشبه ، وأعتابه ، وثبت ذلك عليه ، وعجز عن الدفع فى ذلك فأمر بأن يعيده إلى مثل حالته ، وأن يصف ما نقص ؛ ليقام البيت على تلك الصفة ، أو يأخذ المتعدى بقيمة ذلك فنكل عن الصفة ، وادعى الجهل بها ، لددا ؛ وإوركا عن الحق ، وزعم أنه باعه ، ولم يحضر نقض البيت ، فإن هذا دليل على كذبه ، وباطله ؛ لأن الإنسان لا يبيع إلا ما ثبتت معرفته ، ولا يجهل مثل هذا فيؤدب بالسوط ، فى تجاهله ما يشهد العقل بكذبه .

فإن رجع عن التجاهل غرم قيمة ما استهلكه ، وإن مضى فى تجاهله ، ولم ينفع فيه الأدب ، وكان صاحب البيت يحيط بمعرفة ما استهلك له ، وصف ذلك ، وأغرم المتعدى قيمة ما وصفه صاحب البيت ، مع يمين صاحب البيت على الصفة التى ذكرها المستهلك ـ بفتح اللام .

وإذا جهلت الصفة لمدده فإنه يقرر عليه أوسط قيمة ، بما يستدل عليه من جهة المعاينة للوضع ، ومعرفة قدر ما كان فيه ، وإن كانت العين فائتة ؛ لأنه إذا أخذ فى ذلك بأوسط القيمة ، فكأن العين قومت .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٨٧ ، ٣٢٩ .

ومنها : الشهادة فى قيم المتلفات ، إذا لم تكن عينها حاضرة ، ووصفها المدعى عليه ، فقومت بتلك الصفة — فالشهادة فى ذلك من باب الحزر ، والتقريب .

ومنها : قول الخارص فى الثمار الواجبة فيها الزكاة ، وهو الذى ينظر إلى الشجر لمعرفة مقدار ما عليه من الثمار .

ومنها أيضاً : قول الحكمين ، فى جزاء قتل المحرم صيد البر .

وسئل ابن رشد عن رجل استغل ضيعة رجل ظالما ، فشهد الشهود : أن قيمة غلة الضيعة على التقريب كذا : هل تجوز شهادتهم على التقريب ، دون معاينة ؟ فأجاب : لا تجوز شهادة الشهود على التقريب ، والتخمين ، وإنما تجوز على القطع ، ومعرفة الاستغلال ، تستنزل البينة حتى تشهد على ما تقطع عليه ، ولا تشك فيه[1] .

القضاء بغلبة الظن :

إعلم أن الشرع لم يعتبر مطلق الظن فى غالب المسائل وإنما يعتبر ظنونا مفيدة مستفادة من أمارة مخصوصة ، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع ، كالشهادة لامرأة غاب زوجها وتركها بغير نفقة ؛ لأن الشهادة فيه على علم الشاهد ، دون البت فإذا قامت بذلك عند الحاكم ، وشهد لها الشهود — طلب منها — أى المرأة المشهود لها — اليمين على صحة ما شهد الشهود لها ، فبإضافة اليمين للشهادة يجب لها الحكم بذلك .

وكذلك : الشهادة على عدد الورثة ، لابد أن يقولوا : لا نعلم له وارثاً غيرهم فى سائر البلاد ، وكذلك شهادتهم فى الشيء المستحق لشخص ، لابد أن

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٨٥ .

يقولوا : لا نعلم أنه باع هذا الشيء المستحق ، ولا وهبه ، ولا خرج عن يده بوجه من وجوه انتقالات الأملاك ، ولا يشهدون فى ذلك على البت ، فلو قالوا : نشهد أن هذا الشيء له ، لم يبعه ، ولا فوته ـ كانت شهادة زور ، وقال بعض أصحاب مالك : إن الشهادة فى ذلك لا تكون إلا على البت ـ أى على الوجه المذكور ـ وهو قول ابن الماجشون .

ومن ذلك : الشهادة على التعريف ، فإنها مستندة إلى غلبة الظن .

قال ابن الحاجب : ويعتمد على القرائن المعتمدة ، المغلبة للظن فى التعديل وفى الإعسار بالخبرة الباطنة ، وضرر أحد الزوجين .

قال ابن عبد السلام : أجازوا للشاهد أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوى القريب من اليقين ؛ لأنه هو المقدور على تحصيله ، فلو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم فى التعديل ، وفى الإعسار وأما ضرر أحد الزوجين فإنه وإن كان يمكن حصول القطع به للشاهد ، ولكنه فى غاية الندرة ، والعسر ، فيلزم تعطيل الحكم به أيضاً .

وقال القرافى : إعلم أن قول العلماء : « إن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره فإن ظاهره يقتضى أنه لا يجوز أن يؤدى الشاهد إلا ما هو قاطع به ، وليس كذلك ، بل حالة الأداء دائماً عند الشاهد الظن الضعيف ، فى كثير من الصور ، بل المراد بذلك : أن يكون أصل المدرك علما فقط ، فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذى عليـــه الدين قد دفعه ، فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذى لا يفيد إلا الظن الضعيف[1] » .

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ١١٣ ، ١١٤ ، تبصرة الحكام جـ١ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

أى يجوز له أن يشهد : بأن له عليه هذا المبلغ الذى قبضه منه المدين المشهود عليه ، بناء على استصحاب الحال السابق وهو القبض الذى يصبح به القابض مديناً .

القضاء بشهادة النفى :

قال القرافى : اشتهر على ألسنة الفقهاء : أن الشهادة على النفى غير مقبولة، وفيه تفصيل ، فإن النفى قد يكون معلوماً بالضرورة ، أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص ، وقد يعرى عنهما ، فهذه ثلاثة أقسام :

القسم الأول : وهو ما إذا كان النفى معلوماً بالضرورة ـ تجوز الشهادة به اتفاقاً ، كما لو شهد : أنه ليس فى هذه البقعة التى بين يديه رجل ، ونحوه ، فإنه يقطع بذلك ، وكذلك يجوز أن يشهد : أن زيداً لم يقتل عمراً بالأمس ؛ لأنه كان فى البيت لم يفارقه .. فهذه شهادة صحيحة بالنفى .

القسم الثانى : يعنى الشهادة بالنفى ، مستنداً إلى الظن الغالب ، وذلك فى صور ، منها :

الشهادة على رجل بالتفليس ، فإن الحاصل فيه ، إنما هو الظن الغالب ؛ لأنه يجوز عقلا حصول المال للمفلس ، وهو يكتمه .

ومنها : الشهادة على حصر الورثة ، وأنه ليس له وارث غير هذا ، وقد سبق ذلك مفصلا .

القسم الثالث : ما عرى عنهما ـ أى عن العلم ، والظن ـ مثل : أن يشهد أن زيداً لم يوف الدين الذى عليه ، أو ما باع سلعته ونحو ذلك ، فهذا نفى غير منضبط فلا تجوز الشهادة على هذه الصفة ، وإنما تجوز الشهادة على النفى

المنضبط قطعاً، أو ظناً[1] .

وقد ورد فى معين الحكام صور من شهادات النفى :

منها : شهدا ـ أى الشاهدان ـ أنه أقرضه يوم كذا ، وصنع شيئاً فى مكان كذا ، فبرهن المدعى عليه : أنه لم يكن فى ذلك اليوم فى المكان الذى ذكره الشاهدان الأولان ، وكان فى مكان كذا ـ لاتقبل الشهادة الثانية ؛ لأنها قامت على النفى ؛ لأن قولها : كان فى مكان كذا نفى معنى ، ولو كان إثباتاً صورة؛ إذ الغرض نفى ما قامت عليه البينة الأولى .

ومنها : الشرط يجوز إثباته ببينة ، ولوكان نفياً ،فعلى هذا الوجه: لو جعل لامرأته أمرها بيدها ، إن ضربها بغير جناية ، ثم ضربها ، وقال : ضربتها بسبب جناية منها ، وبرهنت الزوجة : أنه ضربها بغير جناية ـ ينبغى أن تقبل بينتها ، وإن قامت على النفى ، وذلك لقيامها على الشرط .

وعند الشافعية : تقبل شهادة الإفلاس ، والإعسار ، وهى فى الحقيقة شهادة نفى ، ويستفسر القاضى الشاهد ؛ لاستكمال الشهادة على الوجه الشرعى .

والإعسار يثبت بعدلين فقط فى وجه ، هو الأصح ، وفى وجه لايثبت إلا بثلاثة عدول ذكور ، وفى وجه يثبت بالشاهد ، والمرأتين ، والشاهد ، واليمين .

وتقبل بينة النفى لشىء فى وقت معين . فمثلا : إذا ادعى رجل على رجل أنه قتل أباه عند بروز قرص الشمس من اليوم الفلانى ، أو أنه أتلف ماله فى ذلك الوقت ، فشهدت للمدعى عليه بينة : أنه ما قتل فى ذلك الوقت المجنى عليه ، ولاأتلف المال . وقبول بينة النفى هنا هو الأقيس ، لإمكان الإحاطة

---

(١) معين الحكام ص ١١٤ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

بالمشهود به ، وفى وجه لا تسمع الشهادة سداً للباب ، واحتياطاً للشهادة ، لاضطراب النفى ، وعدم الإحاطة فى الجملة ، والعراقيون منعوا قبول شهادة النفى مطلقاً .

أما النفى المطلق : فلا تسمع الشهادة به ، لعدم الإحاطة ، والله تعالى أعلم[1] .

القضاء بالشهادة المجهولة والناقصة التى يتمها غير الشهود :

عند الحنفية : إذا شهد الشهود على رجل بحق لا يعرفون عدده فاليمين على المدعى عليه ، فإن أقر بشىء حلف عليه وبرىء ؛ لأنه إنما يحكم بإقراره لأن الشهادة لم يثبت بها الحق ، لأن الشهود لم يبينوا شيئاً ولم يحددوه ، فشهادتهم مجهولة لا يحكم بها .

ولو قالوا : نشهد أن له عليه دراهم لا نعرف عددها ـ فهى ثلاثة ، وكذا لو شهدوا بأن عليه دريهمات جعلت ثلاثة ، ثم حلف المدعى عليه على شهادتهم ؛ لأن الشهود قد بينوا بشهادتهم شيئاً معلوماً ، وهو الدراهم ، ويحلف لشهادتهم لجواز أن يكون عليه أكثر من ذلك .

وإنما اختلف الحكم فى مسألة الدراهم عما قبلها ؛ لأن الشهود ذكروا شيئاً معلوماً ، وهو الدراهم ـ أى أن الحق دراهم ، وإنما المجهول العدد ، فيرجع فى ذلك إلى أقل الجمع الشائع بين الناس وهو ثلاثة ، بخلاف ما قبلها ، فإن الشهود لم يبينوا شيئاً .

وعند المالكية : قال مطرف : سمعنا مالكا يقول فى الرجل يشهد له الشهود : أن له فى هذه الدار حقاً ، ولا يعرف كم هو ؟ مثل : أن يكون هذا

(١) أدب القضاء لابن أبى الدم ص ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٤ .

الحق من ميراث قد تقادم وتناسخ أهله ، وينكر ذلك المشهود عليه ، فإنه يقال للمشهود عليه : قد ثبت لهذا فى دارك حق ، فأقر له بحقه ، فإن أقر بشىء – قل أو كثر – حلف عليه ، ولم يكن للمشهود له غيره ، وإن أنكر ، وادعى : أن الذى شهد عليه به باطل – قيل للمشهود له : أتعرف حقك الذى شهد لك به ؟ فإن سماه حلف على ذلك وأخذه ، وإن قال : لا أعرفه إنما كنت أسمع أبى يقول : إن له فيها حقاً ، ولم يكن يسميه فجئت أطلبه ، أو قال : لا أعرف ، ولا أريد أن أحلف عليه صادقاً أو كاذباً ، فأقر أيها المشهود عليه ، من حقى بما شئت واحلف عليه ، فإنه يحال بين المشهود عليه وبين الدار كلها ، لأنا لا ندرى : ما بلغ هذا الحق من الدار ، لعله يأتى على أكثرها ، أو على جميعها إلا جزءاً منها . ولأن الحق قد ثبت فيها ، ولعله يعرفه فينكره كما يعميه ويبطله على مستحقه ، فلا يصل إلى الدار أبداً حتى يقر بحق هذا المشهود له ، أو يسمى من ذلك ما يسمى ، ويحلف على ذلك ، ويأخذ بقية الدار .

قال مالك : وإن قال : حقه منها الربع ، وأبى أن يحلف عليه – أخذ منه الربع ، فسلم إلى المشهود له ، وحكم له به بإقرار المشهود عليه ثم يوقف ما بقى من الدار ، حتى يحلف المشهود عليه : أنه لا شىء للمشهود له غيره ، أو يقر بأكثر منه ، ولو أقر بعد ذلك بشىء ، وأبى أن يحلف عليه – كان الأمر فيه كما وصفنا هكذا أبداً ، حتى يحلف أنه لا حق له فيها غير ما أقر له به منها وما سماه .

وقال ابن رشد : وقد قيل : إن المشهود عليه يسجن بهذه الشهادة ، ويضيق عليه حتى يبين له حقه ويحلف عليه ، وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم . قال أصبغ : فإن أنكر جميع الحق أحلف ، كما يحلف المدعى عليه بغير شهادة .

ويتحصل فى هذه الشهادة خمسة أقوال :

أحدها : أن الشهادة لا توجب حكما ، وهى باطلة .

الثانى : أنها توجب التشديد على المشهود عليه ، والتضييق عليه — كما تقدم .

الثالث : أن البينة تستنزل إلى ما لا يشك فيه .

الرابع : أن القول قول المغصوب منه — أى صاحب الحق .

الخامس : أن القول قول الغاصب ، إلا أن يأتى بما لا يشبه[١] — أى إلا أن يأتى بما لا يشبه أن يكون هو الحق موضوع الشهادة — فإن أتى بما لا يشبه يكون القول قول المغصوب منه .

وإذا قلنا : القول قول الغاصب ، أو المغصوب منه — فإنى أعتقد أنهم يقصدون : القول قوله مع يمينه ؛ لأنه لا يعقل أن يقال : القول قوله من غير يمين — أى من غير حجة — والله سبحانه وتعالى أعلم .

أقر فى وصيته أن لفلان عليه حقاً :

لو أن رجلا أقر فى وصيته : أن لفلان عليه حقاً ، ثم مات ، ولم يسم ذلك الحق . كم هو ؟ فإنه يقال للورثة : كم هو حق هذا ؟ فإن قالوا : لا علم لنا به . قيل للمقر له كم حقك ؟ فإن سماه أحلف عليه ، وأعطى هذا الحق ، وإن قال: لا أعرفه ، وهو كان أحفظ منى — قيل للورثة : لا تصلوا إلى شىء من هذا الميراث حتى تدفعوا إلى هذا حقه منه ، أو تقروا له بما شئتم ، وتحلفوا عليه ؛ لأن هذا قد ثبت له أن له فيها حقاً ، فلا بد أن يصل إلى حقه[٢] .

(١-٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٩٤ — ٢٩٦ .

الشهادة على غصب أرض لا يعرفون حدودها :

قال مطرف : إذا شهد الشهود على رجل أنه غصب من رجل أرضا ، لا يعرفون حوز الأرض ، ولا حدودها ـ فإن أتى المشهود له ببينة سوى أولئك ، يشهدون له على حدودها ـ حكم له وإلا قيل للمشهود عليه : انبذ إلى هذا الذى ثبت له أنك غصبته حقه ، فإن أقر له بشىء منها أحلف عليه ولم يكن للمشهود له غيره .

وإن تمادى المشهود عليه على جحد ما شهد به الشهود قيل للمشهود : له أتعرف حدود أرضك ؟ فإن عرفها حلف على ماحده منها، وكان له. وإن قال : لا أعرفها ، قد غير حدودها ، وعمى معالمها حيل بينه وبين الأرض جميعها ، حتى يقر المشهود عليه بحق المشهود له منها ـ كما سبق ـ وهذا إذا كان المشهود عليه فى تلك القرية، أو حول تلك الأرض حق قبل الغصب ثم غصب هذه الأرض ، وضمها إلى أرضه .

وأما لو ثبت : أن أول مجيئه بسبب هـذا الغصب ، الذى ثبت اكتفى المشهود له بأن يشهدوا له على أنه غصب الأرض ، وإن لم يحدوها ، ولم يسأل المشهود عليه كم لهذا منها ، وأخرج المشهود عليه منها جميعها ، حتى يأتى ببينة على ما ادعاه فيها بعد مجيئه ، من شراء صحيح ، أو حق ثبت له .

الشهادة فى البيع والزواج

ولم يعرفوا الثمن فى البيع ولا الصداق فى الزواج

فى وثائق ابن العطار : وإذا شهد الشهود فى النكاح ، ولا يعرفون مبلغ الصداق فى النكاح ، أو شهدوا فى البيع ، ولا يعرفون الثمن ـ فقد قال أبو عمر أحمد بن عبد الملك الإشبيلى : لابد للزوج أن يسمى عدداً ، فإن أبى حلف طالب الصداق ، واستحق ما سمى من العدد ، إذا أتى بما يشبه أن يكون صداقا فى الزواج ، والبيع مثله .

وقال إبراهيم بن إسحاق التجيبى : أرى أن الشهادة ساقطة .

وورد أيضاً فى تبصرة الحكام : ومن ادعى على رجل أنه ابتاع منه سلعة ، وأنكر البائع ، وشهدت على ذلك بينة ، لم تعرف الثمن ـ فالشهادة تامة عند مالك ، ويقال للبائع : قد ثبت البيع ، فبكم بعتها ؟ فإن سمى ثمناً واعترف به المبتاع أداه ، وإن ادعى المبتاع ثمناً أقل مما ادعاه البائع تحالفا ، وردت السلعة ، وإن تمادى البائع على إنكار البيع سئل المبتاع عن الثمن ، فإن سمى ما يشبه حلف ، ودفع ما حلف عليه[1] .

وفى معين الحكام : لو شهدوا على الاسم ، والنسب . ولم يعرفوا الرجل بعينه ، فشهدوا آخران أنه المسمى بذلك الاسم يقبل ، ويعمل كما لو ثبت الأمران بشهادة فريق واحد[2] ، وهذا مثال للشهادة الناقصة التى يتمها الآخرون .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٤٠٢ .

(٢) معين الحكام ص ١١٦ .

القضاء بشهادة غير العدول للضرورة

قال ابن عبد الغفور فى كتابه الاستغناء : حكى بعض شيوخنا المتأخرين من الثقاة : أن أهل البادية إذا شهدوا فى حق لامرأة ، أو غيرها ، ولم يكن فيهم عدل ـ أن يستكثر منهم ، ويقضى بشهادتهم .

وقال ابن رشد : اتفقوا على الحدود ، والقصاص على أن الشهادة لاتجوز فى ذلك إلا بعد المعرفة بعدالة الشاهد .

وسئل بعض الشيوخ المفتين عن القرى البعيدة من المدن ، على الثلاثين ميلا ، والأربعين ، وفيها الثلاثون رجلا ، والأكثر من ذلك ، والأقل ، وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة ؛ وفيهم مؤذنون ، وأئمة ، وقوم موسومون بخير ، غير أن القضاة لايعرفونهم بعدالة ، ولا يجدون من يعرفهم يجتمعون على الشهادة عندهم ، فى الأملاك ، والديون ، والمهور ، والنكاح ، وغير ذلك ، ولا يخالف منهم أحد ، هل تجوز شهادتهم ، ويقضى بهم ، أو يتركون من غير أن ينظر فى أمرهم ؟

فكتب فى الجواب : لكل قوم عدو لهم ، ولابد من معرفة القاضى لهم بنفسه ، يعنى بذلك التوسم فيهم ، ونحو ذلك لأبى إبراهيم : أن شهادة الأمثل فالأمثل منهم جائزة ، ويستكثر منهم ما استطاع ويقضى بهم فى ذلك ، وحكى نحوه عن أبى صالح ، وقال غيره : لولا ذلك ماجاز لهم بيع ، ولا تم لهم نكاح ، ولا عقد فى شىء .

قرية ليس بها عدول

هل يجوز شهادة بعضهم على بعض ؟

قال ابن الفرس فى أحكام القرآن : إن كانت قرية ليس فيها عدول ، وبعدوا عن العدول ، فهل تجوز شهادة بعضهم لبعض فى الأموال أم لا ؟ الذى عليه جمهور مذهب المالكية ، ولا يعرف لمتقدم منهم فيه خلاف : أن شهادتهم لاتجوز ، وهو ظاهر قول ابن حبيب فى الواضحة ، ونقل الباجى ، ورأيت قوماً من المتأخرين يحكون عن أشياخهم : أنهم كانوا يفتون بجواز الشهادة ممن ذكرناه ويعملونها ؛ لضرورة ، كشهادة الرفقة فى السفر ، مع توسم العدالة .

واحتج بعضهم فى ذلك : بقوله تعالى : « واسأل القرية التى كنا فيها والعير التى أقبلنا فيها » يعنى أهل القرية ، وأهل العير . وإنما سئلوا ليجيبوا ، ويعمل بإجابتهم .

وقال ابن راشد : إذا كان الموضع لا عدول فيه قبلت شهادة أمثلهم .

لم نجد فى جهة إلا غير العدول فما الحكم؟

وشهادة الصبيان وكذا النساء فيما يقع بينهن

قال القرافى فى الذخيرة : نص ابن أبى زيد على : أنا إذا لم نجد فى جهة إلا غير العدول أقنا أصلحهم ، وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم ويلزم مثل ذلك فى القضاء ، وغيرهم ، فلا تضيع المصالح ، وهذا كله للضرورة ؛ لئلا تهدر ، ولضيع الحقوق ، وتتعطل الحدود ، ولذلك أجازوا شهادة النساء فى المآتم والأعراس ، والحمام فيما يقع بينهن من الجراح ، على خلاف فى ذلك .

وأجازوا شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من القتل ، والجراح وأوجبوا القسامة بشهادة غير العدل ، على رواية أشهب عن مالك ؛ حفظا للدماء ، وأجازوا ترجمة الكافر ، والعبد ، ومن وقع عليه السخط ، إذا لم يوجد غيره ، على خلاف فى ذلك ، وأجازوا الحكم بقول الطبيب النصرانى فى العيوب ، وفى مقادير الجراح ، وتسميتها وأجازوا شهادة النساء فى قياسهن الجراح ، حيث يجوز قبول الشاهد ، واليمين ، وغير ذلك للضرورة .

وأجازوا شهادة السماع فى الضرر بين الزوجين ، وشهادة اللفيف من الناس ، والجيران ، وإن كانوا غير عدول ، قال المتيطى : وهو المشهور[1] وقال صاحب الاستغناء إذا كان البلد لا عدول فيه فإنه يكتفى فيه بالأمثل ، فالأمثل ، ويستكثر بحسب خطر الحقوق ، وظاهر ماقاله البعض أنه لايزاد على نصاب الشهادة[2] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٤١٢ .

شهادة الفساق وولايتهم :

إذا كان الناس فساقا إلا القليل النادر ـ قبلت شهادة بعضهم على بعض ، ويحكم بشهادة الأمثل ، فالأمثل من الفساق هذا هو الصواب الذى عليه العمل ، وإن أنكره كثير من الفقهاء بألسنتهم ، كما أن العمل على صحة ولاية الفاسق ، ونفوذ أحكامه وإن أنكروا بألسنتهم ، وكذا العمل على صحة كون الفاسق ولياً فى النكاح ، ووصيا فى المال .

وإذا غلب على الظن صدق الفاسق قبلت شهادته ، وحكم بها ، والدليل على ذلك : أن الله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق ، فلا يجوز رده مطلقا ، بل يتثبت فيه حتى يتبين صدقه من كذبه ، فيعمل ما تبين أما فسقه فعليه .

وإنما ردت شهادة الفاسق ؛ لعدم الوثوق به ، وأنه يحمله قلة مبالاته بدينه ، ونقصان وقار الله تعالى فى قلبه ـ يحمله هذا على تعمد الكذب ، فإذا علم صدق لهجته ، وأنه من أصدق الناس وأن فسقه بغير الكذب ـ فلا وجه لرد شهادته .

وأيضاً : قد استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم من يدله على طريق المدينة ، وهو مشرك على دين قومه ، ولكن لما وثق بقوله أمنه ، ودفع إليه راحلته ، وقبل دلالته[1] .

---

(١) معين الحكام الطرابلسى ص ١١٧ ، الطرق الحكمية ص ٢٥٦ .

وفى الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية : إن مدار قبول الشهادة وردها : على غلبة ظن الصدق وعدمه.

والصواب المقطوع به : أن العدالة تتبعض ، فيكون الرجل عدلا فى شىء ، فاسقا فى شىء ، فإذا تبين للحاكم : أنه عدل فيما شهد به – قبل شهادته ولم يضره فسقه فى غيره[١].

---

(١) معين الحكام ص ١١٨ ، الطرق الحكمية ص ٢٥٧.

فى القضاء بالشهادات

التى يسقط بعضها ويمضى بعضها

قال مطرف ، وابن الماجشون : وإذا ردت شهادة الشهود فى بعض ما شهدوا به جازت شهادتهم فيما بقى منها مثل : أن يشهد رجل ، وامرأتان على السرقة ، فإن القطع يدرأ عن السارق ؛ لأن شهادة النساء لا تجوز فى القطع ، ويضمن المشهود عليه العين المشهود بها للمشهود له ؛ لأن العين المشهود بها مال ؛ وشهادة النساء فى الأموال جائزة[1] .

وإذا شهدا أخوان لرجل قد مات ، وكانا هما وارثيه بأن هذا ولد أخينا الذى توفى ، وكانا عدلين ، فإن كان الولد ممن قد نال سلطانا ، وما أشبه ذلك مما لهما به العز ، والمكانة لم تجز شهادتهما له ، ولم يلحق نسبه ، ويكونان مقرين له بكل ما ورثاه ، لأنه أولى بالميراث ؛ لأنه ابن المتوفى ، وهما أخواه ، والابن مقدم على الأخ فى الميراث ، فإن أحب أخذ ميراثه أخذه .

وقال عبد الملك : فى القوم يقطع عليهم اللصوص ، يشهد على قاطعى الطريق شهود من المقطوع عليهم : إن مطرفا قال : شهادة اثنين عدلين فى ذلك جائزة فى القطع - ولعله يقصد قطع اليد والرجل من خلاف - وهى جائزة فيما زعموا أنهم أخذوه للشاهدين ولأصحابهما ، ولو لم أجز شهادتهما للشاهدين فى المال ما أجزت شهادتهما فى القطع ، ولا أجزت بعضاً من الشهادة ، ورددت بعضا ، وقد كان مالك ينكر ذلك على من يقوله .

وأما ابن الماجشون فقال : سمعت المغيرة ، وابن دينار يقولان ، وأنا

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٣ وما قبلها .

أقول به : إنه لا يجوز فى ذلك أقل من أربعة شهداء ، وإنما تجوز شهادتهم فى القطع ، وأموال الرفقة ، ولا تجوز فى أموال الشهود ؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يشهد لنفسه قال أصبغ : كان ابن القاسم يقول : يجوز فى ذلك اثنان عدلان فى القطع ، وفى أموال الرفقة ، ولا يجوز فى أموال الشاهدين إلا أن يكون يسيرا[1] .

وقال ابن رشد : إذا اشتملت الشهادة على ما تجيزه السنة ، وما لا تجيزه فالمشهور إجازة ما أجازته ورد ما لم تجزه ، وقيل ترد كلها[2] .

القضاء بشهادة الصبيان

فى قبول شهادة الصبيان فى الجراح ، والقتل ثلاثة أقوال : الجواز لمالك ، والمنع لابن عبد الحكم ، والجواز فى الجراح دون القتل فى قول أشهب فالمنع للأصل وإليه ذهب بعض الفقهاء ، والجواز للضرورة ؛ إذ لو لم تقبل شهادتهم هنا لأدى إلى ضرر كبير ، وهدر جنايات خطرها كبير ، وقد حكى جواز ذلك عن جماعة من الصحابة ، وغيرهم : منهم على وعبد الله ، وعروة بن الزبير ، وشريح ، وربيعة ، ومعاوية رضى الله عنهم وإذا قلنا بإجازتها فإنما تجوز بأحد عشر شرطا تتحقق فيما يأتى :

١ — أن يكونا ممن يعقل الشهادة .

٢ — أن يكونا حرين .

٣ — أن يكونا ذكرين ، وقد روى عن مالك رحمه الله جواز قبول

---

(١) تبصرة الحكام جـ ١ ص ٤ .

(٢) المرجع السابق .

شهادة إناث الأحرار ؛ اعتبارا بالبالغات فى كونها لوثا فى القسامة على إحدى الروايتين .

٤ — أن يكونا محكوماً لها بالإسلام .

٥ — أن يكون ذلك فيما بين الصبيان ، لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير .

٦ — أن يكونا اثنين فصاعدا .

٧ — أن تكون الشهادة قبل تفرقهم ، وتخبئتهم .

٨ — أن تكون الشهادة متفقة غير مختلفة .

٩ — أن تكون الشهادة فى قتل ، أو جرح على الخلاف المتقدم فى الأموال

١٠ — أن لا يحضر ذلك أحد من الكبار ، فتى حضر كبار فشهدوا سقط اعتبار شهادة الصبيان كان الكبار رجالا ، أو نساء ؛ لأن شهادة النساء تجوز فى الخطأ ، وعمد الصبى كالخطأ .

١١ — قال القرافى : ورأيت بعض المعتبرين من المالكية يقول : لابد من حضور الجسد المشهود بقتله . وإلا فلا تسمع الشهادة ، ونقل عن ابن عطاء الله مؤلف البيان والتقريب عن جماعة : أنه لا بد من شهادة العدول على رؤية الجسد المقتول[1] .

الرجوع والشك :

لو شهد الصبيان ، ثم رجعوا لم يلتفت إلى رجوعهم ، ولعل ذلك لتعلق حق العبد بهذا الذى يترتب على قبول الشهادة وكذلك إذا شك الصبيان فى شهادتهم بعد أن بلغوا أخذ بقولهم الأول .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٨ .

العدالة والجرح والقرابة والعداوة

بالنسبة للصبيان

من أخذ بشهادة الصبيان فى الجراح والقتل لا يعتبرون العدالة والجرح ـ أى الذى يقابل العدالة ، وهو الفسق ـ واختلف فى اعتبار القرابة ، والعداوة قال ابن القاسم : لا تجوز شهادة القريب لقريبه ، وأيضاً لا تجوز شهادة العدو على عدوه ، وأجازها عبد الملك ، وعلى مذهبه تجوز شهادتهم مع القرابة .

مسألة :

ستة صبية فى البحر غرق واحد منهم ، فشهد ثلاثة على اثنين ، والاثنان شهدا على ثلاثة أنهم غرقوه .

قال مالك رحمه الله تعالى : لزمت الدية عواقلهم لأن كل واحد يدرأ عن نفسه الجريمة ، وليس البعض أولى من البعض فلزمت الدية عواقلهم .

وإذا تعارضت بينتان من الصبيان فى شجة ، هل شجها فلان أو فلان ؟ سقطتا ؛ لأن كل فريق ينفى ما يثبته الآخر ، وأرش الشجة على جماعة الصبيان .

مبحث

فى قضاء القاضى بعلمه

عند المالكية :

لا يستند القاضى فى حكمه لعلمه فى الحادثة ، إلا فى التعديل لشاهد ، فيستند لعلمه بعدالته ، ولكن يقبل فيه تجريح من جرح ؛ لأن التجريح يقدم على التعديل .

ويستند القاضى لعلمه كذلك بالجرح ، فعلمه لجرح الشاهد أقوى من البينة المعدلة للشاهد . إلا أن يطول ما بين علمه بجرحه وبين الشهادة بتعديله .

وذلك كما يستند فى التعديل والتجريح للشهرة بتعديل أو تجريح الشاهد ، فيستند القاضى لذلك ؛ إن لم تشهد بينة بخلاف هذا الذى اشتهر ، أو يعلم القاضى من الشاهد خلاف ما اشتهر .

كما يستند فى التعديل لإقرار الخصم المشهود عليه بعدالة الشهود ، سواء أقر بعدالتهم قبل أدائهم للشهادة ، أو بعد أدائهما فيحكم القاضى بذلك ، ولو علم القاضى خلاف ذلك ، لأن إقراره بعدالته كإقراره بالحق لخصمه[1] .

كما أن القاضى أن يؤدب من أساء عليه بمجلسه ، أو على مفت ، أو على شاهد ، أو على خصمه ، ومن تبين لدده ، أو كذبه بين يديه .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٤ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .
تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٣ ، ٢٤ .

عند الحنفية :

القاضى إذا علم بالمعاينة ، أو سماع الإقرار من المدعى عليه أو الحضور ، وسماع الأقوال فإنه لا يقضى بعلمه فى الحقوق الخالصة لله تعالى : كحد الزنى ، والسرقة وشرب الخمر ؛ لأن الناس سـواء ، ولا يتفاضلون إلا بالتقوى والعمل الصالح ، وكل واحد من آحاد المسلمين يتساوى مع القاضى من حيث الأصل ، ثم غير القاضى إذا علم لا يمكنه إقامة الحد ، فكذا القاضى ، إلا أن القاضى إذا وجد سكرانا ، أو رجلا به أمارات السكر ، فإنه ينبغى له أن يعزره لأجل التهمة ، ولا يكون ذلك حدا .

أما فى حقوق العباد : فالقاضى يقضى بعلمه ، بأن علم فى حال قضائه فى مصره : أن فلانا غصب مال فلان ، أو طلق امرأته ، وورد عن محمد من الحنفية : أنه رجع عن هذا وكذلك القاضى يقضى بعلمه فى القصاص ، والحقوق المركبة من حق الله ، وحق العبد نحو القذف ، وفى حقوق العباد أربعة أوجه وهى :

فى وجه يقضى بعلمه : وهو ما إذا علم بعد تقلده القضاء فى المصر الذى هو قاض فيه .

والثلاثة أوجه الأخرى : لا يقضى بذلك العلم عند الإمام أبى حنيفة ، وعند صاحبى أبى حنيفة يقضى بعلمه فى ذلك .

والثلاثة أوجه هى :

ما إذا علم قبل تقلد القضاء ، أو بعد تقلد القضاء لكن علم وهو فى غير المصر الذى هو قاض فيه ، أو علم فى حالة تقلد القضاء ، ثم عزل ، ثم أعيد إلى القضاء

وذكر فى النوادر : لو خرج القاضى من المصر لتشييع جنازة ، أو خرج إلى ضيعته ، فعلم بسبب الحق لشخص على شخص . اختلف المشايخ فى هذا على قول أبى حنيفة ، قيل : إن لم يكن مقلدا على القرى لا يقضى بذلك العلم ، وإن كان مقلداً على القرى يقضى بذلك العلم ، وقيل : لا يقضى بذلك العلم ، وإن كان مقلداً على القرى .

لو دفع القاضى مال اليتيم إلى آخر فجحده :

فإن القاضى يقضى على الجاحد من غير بينة ؛ لأن هـذا من حقوق الناس ، وللقاضى أن يقضى بعلمه فى حقوق العباد ، إذا علمه حال القضاء .

ولو باع القاضى مالا لميت : فعهدته على الذى باع له[1] ولو جحد من اشترى من القاضى ، أو باع له قضى عليه القاضى ؛ لأن العهدة لما لم ترجع على القاضى هنا صار القاضى كالمعير وللمعير أن يضمن المستعير الجاحد .

عند الشافعية :

قضاء القاضى بما يعلم خلافه فى المسألة :

القاضى لا يقضى بما يعلم خلافه : كما إذا شهد شاهدان بزوجية بين رجل ، وامرأة ، وهو يعلم أن بينهما محرمية ، أو طلاقا بائنا ، فلا يقضى بالبينة فى ذلك ؛ لأنه لو قضى به لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالباطل محرم .

وحكى الماوردى وجها : بأنه يحكم بالشهادة المخالفة لعلمه — أى لما يعلم خلافه .

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ١٢١ ، ١٢٢ .

أما قضاء القاضى بعلمه : فالأظهر عند الشافعية : أنه يقضى بعلمه ، ولو علمه قبل ولايته ، أو فى غير محل ولايته وسواء كان فى الواقعة بينة ، أم لا ؛ لأنه إذا حكم بما يفيد الظن ، وهو شهادة الشاهدين ، أو شاهد، ويمين فقضاؤه بالعلم أولى .

وعلى هذا يقضى بعلمه فى المال قطعاً ، وكذا فى القصاص وحد القذف على الأظهر ، ورأى بالمنع ؛ لما فى القضاء بالعلم – أى علم القاضى المجرد من حجة أخرى – من التهمة .

قال الربيع : كان الشافعى يرى القضاء بالعلم ، ولا يبوح به مخافة قضاء السوء ، وقال الماوردى ؛ ولابد أن يقول القاضى للمنكر : قد علمت : أنه له تمليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمى ، فإن ترك أحد هذين لم ينفذ حكمه وشرط الشيخ عز الدين فى القواعد كون الحاكم ظاهر التقوى ، والورع وفى نهاية المحتاج ما يفهم منه اشتراط أن يكون القاضى مجتهداً .

أما فى الحدود التى هى لله تعالى : كحد الزنى ، والسرقة والمحاربة ، والشرب ، فلا يقضى بعلمه فيها ؛ لأنها تدرأ بالشبهات ، ويندب سترها ، والتعزيرات المتعلقة بحق الله تعالى كما قاله البلقينى .

أما حقوق الله تعالى المالية فيقضى فيها بعلمه ، كما صرح به الدارمى . ولو قامت عنده بينة بخلاف علمه امتنع عليه الحكم بشىء منها .

ويستثنى من ذلك : ما إذا علم القاضى من مكلف . أنه أسلم ثم أظهر الردة ، فقد أفتى البلقينى بأن : القاضى يقضى عليه بالإسلام بعلمه ، ويترتب عليه أحكامه .

واستثنى أيضاً : ما إذا اعترف شخص فى مجلس الحكم بما يوجب الحد، ثم أنكر بعد اعترافه فإنه يقضى عليه بعلمه ، كما ورد فى نهاية المحتاج .

أما بالنسبة لجرح الشاهد ، وتعديله فالمشهور عند الشافعية القطع بأن يقضى فيه بعلمه[1] .

العلم الذى يقضى به القاضى :

وما المراد من العلم الذى يقضى القاضى به : أهو اليقين الذى لا يحتمل غيره ، أو غلبة الظن مطلقاً ؟ الراجح أن المقصود منه غلبة الظن ، كما يقتضيه كلام الرافعى ، فمتى تحقق الحاكم طريقاً تسوغ الشهادة لشاهد جاز له الحكم بها . كشاهدة القرض والإبراء ، أو استصحاب حكمها ، وكمشاهد وضع اليد ، والتصرف فى العين مدة طويلة ، بلا معارض ، وكخبرته بباطن الأمر بالنسبة لشخص المعسر ، ومن لا وارث له ؛ فيحكم بمقتضى هذا ولا يكتفى فى ذلك بمجرد الظنون ، وما يقع فى القلوب ، بلا أسباب ، لم يشهد الشرع باعتبارها ، وهذا كله فيما علمه بالمشاهدة . أما علمه بالتواتر فهو أولى ، لأن المنع لأجل التهمة ، فإذا شاع الأمر زالت هذه التهمة .

واختار البلقينى التفصيل بين التواتر الظاهر لكل أحد كوجود مكة ، وبغداد ، والقاهرة ـ فيقضى به قطعاً والتواتر المختص بالبعض ، فيتخرج هذا على الخلاف الوارد فى القضاء بعلم القاضى[2] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٩٨ نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، حاشية الباجورى جـ ٢ ص ٣٤٤ شرح جلال الدين المحلى وحاشية قليوبى وعميرة جـ ٤ ص ٣٠٤ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٨٩ ونهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٥٩ .

قضاء القاضي بعلمه عند الحنابلة :

ظاهر المذهب عندهم أن الحاكم لا يحكم بعلمه فى حد ، ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ، ولا بعدها . وهذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ، وهو أحد قولين عند الشافعية .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجوز له ذلك ، وهو قول أبي ثور .

دليل المجيزين للقضاء بعلم القاضى :

١ — قول النبي ﷺ لما قالت له هند : إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدى : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » أخرجه البخارى ومسلم .

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ حكم لها من غير بينة ، ولا إقرار لعلمه بصدقها .

٢ — ما روى ابن عبد البر فى كتابه : أن عروة ، ومجاهدا رويا : أن رجلا من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبى سفيان بن حرب : أنه ظلمه حداً فى موضع كذا وكذا ، وفى هذا قال عمر : إنى لأعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان فأتنى بأبى سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر : يا أبا سفيان انهض بنا إلى موضع كذا وكذا فنهضوا ، ونظر عمر فقال : يا أبا سفيان : خذ هذا الحجر من ها هنا ، فضعه ها هنا فقال : والله لا أفعل فقال عمر : والله لتفعلن . فقال : والله لا أفعل فعلاه عمر بالدرة ، وقال : خذه لا أم لك فضعه ها هنا فإنك ما علمت بضم التاء قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ، ووضعه حيث قال عمر ، ثم إن عمر — رضى الله عنه — استقبل

القبلة فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تمتنى حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأذللته لى بالإسلام ، قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال : اللهم لك الحمد، إذ لم تمتنى حتى جعلت فى قلبى من الإسلام ما أذل به لعمر » .

ووجه الدلالة : أن عمر — رضى الله تعالى عنه — حكم بعلمه ، إذ لم توجد حجة أخرى .

٣ — ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين ؛ لأن شهادتهما تحدث غلبة الظن بصدق المدعى . وعلم القاضى يحدث له القطع ، والتحقق فكان الحكم به أولى .

٤ — ولأن القاضى يحكم بعلمه فى تعديل الشهود وجرحهم فكذلك يحكم بعلمه فى ثبوت الحق قياساً عليه .

ودليل المنع وهو ظاهر المذهب ما يأتى :

١ — قول النبي ﷺ : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع منه » . فدل على أنه ﷺ إنما يقضى بما يسمع لا بما يعلم .

وقال النبي ﷺ فى قضية الحضرمى والكندى : « شاهداك ، أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذاك » .

٢ — وروى عن عمر — رضى الله عنه — أنه تداعى عنده رجلان ، فقال أحدهما : « أنت شاهدى فقال : إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد » . ومعنى ذلك أن عمر — رضى الله تعالى عنه — رفض أن يحكم بعلمه ومشاهدته .

٣ — وروى عن أبي بكر الصديق — رضي الله تعالى عنه — أنه قال : « لو رأيت حداً على رجل لم أحده حتى تقوم البينة » .

٤ — ولأن تجويز القضاء بعلم القاضي يفضى إلى اتهامه ، ويؤدى بالقاضي إلى أن يحكم على هواه ، وبما يشتهى ، ويسند ذلك إلى علمه .

رد المانعين على أدلة المجيزين :

١ — حديث أبي سفيان لا حجة فيه ؛ لأنه إفتاء لا حكم بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ولو كان حكماً عليه لم يحكم عليه في غيبته .

٢ — حديث عمر الذي رووه كان إنكاراً لمنكر رآه ، ولم يكن حكماً بدليل أنه ما وجدت منها دعوى ، وإنكار بشروطها ، ثم لو كان حكماً كان معارضاً بما رويناه عنه .

٣ — قياس الحكم بعلم القاضي على الحكم بالشاهدين قياس مع الفارق لأن الحكم بالشاهدين لا يفضى إلى التهمة ، أما الحكم بعلم القاضي ففيه تهمة ، فلا يصح .

٤ — وأما قياس حكم القاضي بعلمه في الحقوق على حكم القاضي بعلمه في الجرح والتعديل فغير جائز ؛ لأنه لو لم يحكم بعلمه في الجرح والتعديل لأدى ذلك إلى التسلسل فإن المزكيين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما ؛ فإذا لم يعمل بعلمه هنا احتاج كل واحد منهما إلى مزكيين ، ثم كل واحد من المزكيين يحتاج إلى مزكيين ، فيتسلسل الأمر وما نحن فيه بخلافه .

والذى أميل إلى الأخذ به : هو القول : بأن القاضى يقضى بعلمه فى حقوق العباد ، ولا يقضى بعلمه فى حدود الله تعالى :

١ — لأن حقوق العباد تثبت مع وجود شبهة .

أما حدود الله تعالى فإنها تسقط بالشبهة .

٢ — ولأن المقصود من الحجج الشرعية فى إثبات الحقوق توفير العلم القاضى ، أو الظن المؤكد فإذا توفر له هذا العلم أو ذلك الظن المؤكد بمعاينته ، أو بسماعه هو من غير حجة أخرى فقد حصل المقصود ، فيحكم به بخلاف حدود الله تعالى فإنها أشد خطرا ، فلا تثبت مع وجود الشبهة ، كما أن العبد محتاج إلى حقه والله غنى عن العالمين .

القضاء بشهادة الأخرس :

عند المالكية :

إذا فهمت إشارة الأخرس جاز الحكم بها . قال القرافى فى شرح الجلاب : إذا قطع الحاكم بفهم مقصود الأخرس من إشارته حكم بها ؛ لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم ، فإذا فهم عنه بطريق يفهم عن مثله قبلت منه[١] .

عند الحنابلة :

لا تجوز شهادة الأخرس بحال ، نص عليه أحمد رضى الله تعالى عنه ، فقال : « لا تجوز شهادة الأخرس ، قيل له : وإن كتبها قال : لا أدرى[٢] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٧٩ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ١٠ ص ١٧٢ .

وعند الشافعية : لا تجـــوز شهادة الأخرس وإن فهمت إشارته[1] . إذ لاتخلوا عن احتمال .

وعند الحنفية :

لا تقبل شهادة الأخرس ، سواء كانت مما يجرى فيه التسامع أم لايجرى فيه التسامع ، ولا تقبل شهادته سواء كانت بالإشارة ، أو بالكتابة ؛ وذلك لتحقق التهمة[2] .

فى القضاء بشهادة الأعمى :

تجوز شهادة الأعمى عند مالك رحمه الله تعالى إذا كان المشهود عليه لازمه كثيرا ، حتى يقطع أن ماسمعه صوت فلان .

والدليل لمالك رحمه الله تعالى : أن الصحابة كانوا يسألون أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ويعملون على قولهم ، ولا يسمعون منهن غير الأصوات ، وقال النبى ﷺ : « إن بلالا ينادى بليل فكلوا ، واشربوا حتى تسمعوا نداء ابن أم مكتوم ، فأمر ﷺ بالإمساك عند ندائه ، والناس لا يسمعون إلا صوته .

وأيضاً : فإنه يجوز للأعمى أن يطأ زوجته ، مع أنه لا يدرك غير كلامها .

وكذلك تجوز شهادته عندهم فى الروائح ، والطعوم ، والحلاوة والحرارة

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٩٢ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٧ .

(٢) تكملة رد المحتار على الدر المختار جـ ٧ ص ١٢٣ ، الطبعة الثانية الحلبى وشرح فتح القدير جـ ٦ ص ٢٨ مطبعة مصطفى محمد ، معين الحكام ص ٧٠ .

والبرودة ، وهذا يظهر معناه فى باب الإيمان .

والتعليق فى الطلاق ، فلو حلف رجل بالطلاق : ألا يشرب حلوا أو حامضا . فشهد عليه بذلك أعمى لزمته الشهادة[١] .

عنـد الحنفية :

شهادة الأعمى : إما أن تكون فى الحدود ، والقصاص ، أولا .

فإن كانت فى الحدود ، والقصاص فليست بمقبولة بالاتفاق .

وإن كانت فى غير الحدود ، والقصاص : فإما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع : كالنسب ، والموت ، أولا .

فإن كانت فى غير الحدود ، والقصاص ، وكانت مما يجرى فيه التسامع — قبلت عند زفر ، وهو رواية ابن شجاع عن أبى حنيفة .

وإن كانت فى غير الحدود ، والقصاص ، ولا يجرى فيه التسامع : فإن كان بصيرا وقت تحمل الشهادة ، والمشهود به غير منقول ، قبلت عند أبى يوسف ، فالمعتبر عند أبى يوسف الإبصار عند التحمل ، وعند أبى حنيفة ومحمد يعتبر استمرار الإبصار ، حتى لو عمى بعـد الأداء قبـل القضاء امتنع القضاء .

أما عدم قبولها فى الحدود ، والقصاص : فلأنها تندرىء بالشبهات ، والصوت والنغمة فى حق الأعمى يقومان مقام المعاينة ، والحدود لا تثبت بذلك الذى يقوم مقام الأصل .

ووجه قول زفر : بأنها تقبل فيما يجرى فيه التسامع : أن الحاجة هنا إلى السماع ، ولا خلل فيه .

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٨٠ ، ٨١ .

وأما وجه قول أبي يوسف : فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند تحمل الشهادة صح تحمله ، لا محالة ، والأداء إنما يكون بالقول ، ولا خلل فيه ، فكان المقتضى لصحة التحمل ، والأداء موجودا ، والمانع وهو عدم التعريف منتف ؛ لأن التعريف يحصل بمعرفة الإسم والنسب ، كالشهادة على الميت .

وأما وجه قول أبي حنيفة ، ومحمد رحمهما الله تعالى لمنع القضاء بالعمى الطارىء بعد التحمل ، وقبل الأداء : أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة .

وفي شهادة الأعمى شبهة يمكن التحرز عنها بشهود آخرين والتعريف بالاسم والنسب يكون للغائب ، دون الحاضر فصح ذلك في الميت دون هذا الذي حصل الخلاف فيـــه ولو عمى بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ، ومحمد رحمهما الله تعالى ؛ لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت قضاء القاضي لصيرورتها حجة عند قضاء القاضي ، وقد بطلت قبل قضاء القـاضي[1] .

عنـد الشافعية :

لا تقبل شهادة أعمى فيما يتعلق بالبصر ، لجواز اشتباه الأصوات ، وقد يحاكي الإنسان صوت غيره .

إلا أن يقر شخص في أذنه بنحو طلاق ، أو عتق ، أو مال لشخص معروف الاسم ، والنسب ، فيتعلق الأعمى ، ويضبطه حتى يشهد عليه بما سمعه منه عند قاض به ، فيقبل على الصحيح لحصول العلم بأنه المشهود عليه .

---

(١) شرح فتح القدير ، والهداية ، والعناية جـ ٦ ص ٢٧ ، ٢٨ .

والرأى الثانى عندهم : المنع ، حسما للباب .

ولو حمل الشهادة فيما يحتاج فيه إلى البصر بصيرا ـ شهد إن كان المشهود له ، وعليه معروفى النسب ؛ لإمكان الشهادة عليهما ، فيقول : أشهد : أن فلان ابن فلان أقر لفلان بن فلان بكذا [١] .

عند الحنابلة :

تجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت . روى هذا عن على ، وابن عباس وبه قال ابن سيرين ، وعطاء والشعبى ، والزهرى ، وإسحاق ، وابن المنذر .

دليل ذلك :

قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » [٢] .

والأعمى من رجال المسلمين فتصح شهادته ، وكذا سائر الآيات الواردة فى الشهادة .

ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير ، فإن تحمل الشهادة على فعل ثم عمى جاز أن يشهد به ، إذا عرف المشهود عليه باسمه ، ونسبه .

وإن شهد عند الحاكم ، ثم عمى قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها ؛ لأن العمى طرأ بعد أداء الشهادة ، ولا يورث تهمة فى حال الشهادة ، فلم يمنع قبولها [٣] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٤٦ ، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣١٦ .

(٢) سورة البقرة آية : ٢٨٢ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ١٠ ص ١٧١ .

القضاء بالصلح بين الخصمين :

الأصل أن القاضي يحكم بين الناس إذا ظهر له وجه الحق لكن قد يظهر من الأمور ما يدعو القاضي إلى أن يشير على الخصوم بالصلح فيما بينهم ، ويتراضون على أمر يقطع النزاع بينهم .

فإذا خشي القاضي من تفاقم الأمر بين الخصمين ، أو الخصوم ، أو كان الخصوم من أهل الفضل ، أو كان بينهم رحم - أمرهم بالصلح .

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن .

وقال ابن راشد : وغيره : ولا يأمر بالصلح إذا تبين له وجه الحكم ، رجاء أن يصطلحا إلا أن يرى لذلك وجها ، وينبغي إذا أشكل وجه الحكم أن يندب الصلح فإن أبيا ، أو أبى أحدهما لم يلح عليهما إلحاحا يشبه الإلجاء ، بل يفصل بينهما بالواجب ، أو يترك الحكم بينهما ، إذا أشكل عليه .

وقال سحنون : إذا كانت شبهة ، وأشكل الأمر ، فلا بأس أن يأمرهما بالصلح .

وفي الطرر لابن عات : قال بعضهم : إنما يجوز القاضي أن يأمرهم بالصلح إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين ، غير أن أحدهما يكون ألحن بحجته من الآخر ، أو تكون الدعوى في أمور درست وتقادمت وتداخلت وأما إذا تبين القاضي الظالم من المظلوم لم يسعه من الله تعالى إلا فصل القضاء .

ويشترط في المصالح - بكسر اللام - والمصالح - بفتح اللام - أهلية المعاملة ويجوز الصلح مع إنكار الخصم المدعى عليه الحق الذي يدعيه المدعي ، ولا يحل للظالم أن يأخذ شيئا ، ويصح الصلح مع إقرار المدعى عليه بالحق الذي يدعيه عليه المدعي .

فلو صالح فى حالة إنكار المدعى عليه بالحق بعد الصلح ، نقض الصلح ، لأنه إنما صالحه غلبة .

ولو ثبت الحق ببينة ، لم يعلم بها المدعى بعد الصلح فله نقض الصلح وقيل ليس له ذلك ؛ لأنه مفرط فى الاستعلام ، والبحث عن بينة قبل الصلح .

وصلح الأب ، أو الوصى عمن فى حجرهما جائز ، ولا يجوز أن يسقطا من حقه شيئا على غير وجه النظر والمصلحة للصبى ، وفعل الوصى محمول على النظر والمصلحة للصبى ، حتى يثبت خلافه .

وفى الكافى : فى الصانع تضيع عنده السلعة ، ويغرم قيمتها ، ثم توجد : أنها للصانع .

ويفهم مما قال ابن رشد فى سماع يحيى أنها للمدعى عليه ، ولا ينقض الصلح ، معيبة كانت أو صحيحة ، إلا أن يجدها عنده ، قد أخفاها فتكون لصاحبها [١] .

وركن الصلح : الإيجاب ، والقبول .

وشرائط جوازه : أن يكون المال المصالح عليه معلوما ، إن كان يحتاج إلى قبضه ، لأن البدل إذا كان مجهولا تقع بينهما المنازعة ، وهى مانعة من التسليم .

وأن يكون البدل المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ، سواء أكان مالا أم لم يكن مالا ، كالقصاص .

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، معين الحكام ص ١٢٣ .

ما يمنع جواز الصلح وما لا يمنع :

الصلح على أربعة أوجه : المتنازع عليه معلوم ، والمصالح عليه معلوم ، المتنازع عليه مجهول ، والمصالح عليه معلوم ، وهذان الوجهان جائزان ؛ لأن جهالة المتنازع فيه المصالح عنه لا تضر ؛ لأنه لا يقبض ، فلا يؤدى إلى المنازعة فيه بعد الصلح .

والوجه الثالث : المتنازع فيه مجهول ، والمصالح عليه مجهول .

والوجه الرابع : المتنازع فيه معلوم ، والمصالح عليه مجهول وهذان الوجهان فاسدان .

مثال الوجه الأول : لو ادعى دينا ، أو حقا معلوما على إنسان فصالحه على مال معلوم جاز ، لأن بيع المعلوم بالمعلوم جائز فالصلح أجوز ، لأنه أوسع .

ومثال الثانى : لو ادعى حقا فى دار إنسان ، وهذه الدار فى يد هذا الإنسان ، ولم يسم الحق ، فاصطلحا على أن يعطى المدعى مالا معلوما ؛ ليكف عن المنازعة - جاز ؛ لأن هذه الحالة غير مفضية إلى المنازعة ؛ لأنها غير مانعة من التسليم ؛ لأن المتنازع فيه سوف يبقى على ما كان عليه فى يد المدعى عليه .

ومثال الوجه الثالث : وهو أن يكون المصالح عنه المتنازع فيه مجهولا ، ويكون المصالح عليه مجهولا : لو ادعى حقاً فى يد إنسان ، ولم يسم هذا الحق ، وادعى المدعى عليه حقاً فى أرضه .

فإن اصطلحا : بأن يدفع أحدهما مالا مجهولا إلى الآخر ، ليترك دعواه لا يجوز ؛ لأنه يحتاج فيه إلى التسليم ، والتسلم وجهالة البدل مانعة منهما ، فتقع المنازعة بينهما .

وإن اصطلحا : على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، وهذا صلح وقع : عن مجهول ، على مجهول ، وجاز ذلك ؛ لأنه لا يحتاج إلى تسليم وتسلم .

ومثال الرابع : المصالح عنه معلوم ، والمصالح عليه مجهول ، بأن يدعى شخص على آخر بأن له ربع البيت الذى يضع المدعى عليه يده عليه ، فيصالحه الآخر على مبلغ من المال غير محدد ، فهذا الصلح غير جائز ؛ لأن المصالح عليه يحتاج إلى تسليمه ، وهو مجهول فيؤدى إلى المنازعة[١] .

القضاء بالإقرار :

الإقرار لغة : من قر الشىء إذا ثبت ، فالإقرار إثبات لما كان مترددا بين الإقرار ، والجحود ، وقرره بالشىء حمله على الإقرار به ، وقرر الشىء جعله فى قراره ، وقرر عنده الخبر حتى استقر ، وفلان ما يتقار فى مكانه ـ أى ما يستقر[٢] ، وأقر بالحق اعترف به .

والإقرار فى الشريعة : هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه[٣] .

والإقرار حجة : ودليل كونه حجة نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وإجماع الأمة .

أما القرآن الكريم : فقوله تعالى : « وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا » .

وجه دلالة الآية الكريمة : أن الله تعالى أمر بإملاء من عليه الحق

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ١٢٢ ـ ١٢٤ .
(٢) مختار الصحاح ص ٥٢٩ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٦ ص ٢٨١ .

وإملاء من عليه الحق إقرار بالحق الذي عليه ، فلو لم يلزمه بالإملاء شيء لما أمر به ، وأيضا : نهى الله عن الكتمان ، وهو آية على لزوم ما أقر به .

وأيضاً : يقول جل جلاله : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » وشهادة المرء على نفسه إقرار .

وأما السنة : فما روى أن النبي ﷺ رجم ماعزا بإقراره بالزنا ، والغامدية باعترافها وقال ﷺ : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها وهذا مشهور فى كتب الحديث ، فلو لم يكن الإقرار حجة لما ثبت الحد به .

وأما الإجماع : فإن المسلمين أجمعوا على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله ﷺ - إلى يومنا هذا من غير نكير .

وأيضاً : العقل السليم يقضى : بأن الإقرار حجة ، لأن الخبر كان مترددا بين الصدق ، والكذب فى الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى إلى الصدق ، والصارف عن الكذب ؛ لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ، ويزجرانه عن الكذب ، ونفسه الأمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق غيره ، أما فى حق نفسه فلا ، فصار عقله ، ودينه ، وطبعه ، دواعى إلى الصدق ، زواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهرا فيما أقر به عن نفسه ، فوجب قبوله ، والعمل به[1] .

وركنه : قوله : على لفلان كذا ، وما يشبهه ؛ لأنه يقوم به إظهار الحق وانكشافه ، وذكر عند الحنفية : أنه لا يصح شرط الخيار فيه ، بأن أقر بدين ، أو عين على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن صدقه

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام جـ ٦ ص ٢٨١ .

المقر له ، والمال لازم ؛ لأن الخيار مشروط للفسخ ، والإقرار لا يحتمل الفسخ .

وشرط جوازه العقل ، وذلك ؛ لأنه لا يصح بدونه التصرف أصلا ، والحرية شرط فى بعض الأشياء دون بعض ، حتى لو أقر المحجور بالمال لا ينفذ ، ولو أقر بما يوجب القصاص عليه يصح ، يشترط : أن يكون المقر طائعاً فى إقراره ، فلوكان مكرها لا يصح إقراره .

ويشترط أيضاً : كون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له[1] .

صور من الإقرار :

فى معين الحكام : ولو قال وجدت فى كتابى ، أو تذكرتى ، أو حسابى ، بخطى ، وكتبت بيدى : أن لفلان على ألفا شامية[2] فهو باطل ؛ لأنه أقر بالوجود ، لا بالوجوب ، لأنه أخبر بأنه وجد ، أو فعل هكذا ، والوجود لا يدل على الوجوب ؛ لأنه قد يجد فى كتابه مكتوب غيره ، وقد يكتب مزحا الخط ، فلا يكون إقرارا بالوجوب .

وذكر أبو الليث فى نوازله : لو ادعى على آخر مالا ، وأخرج بذلك خطا بخط يده على إقراره بذلك المال ، فأنكر المدعى عليه : أنه خطه ، فاستكتب ، فكتب فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد . قال أئمة بخارى : إنه حجة يقضى بهذا ، ونقل صاحب المحيط عن محمد أنه نص . أن ذلك لا يكون حجة ؛ لأن هذا لا يكون أعلى حالا مما لو أقر فقال : هذا خطى ، وأنا كتبته ، غير أنه ليس له على هذا المال ،

---

(١) معين الحكام ص ١٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ١٠ ص ٤٥٩٢ .

(٢) لعلها منسوبة إلى الشام .

فيكون القول قوله ، ولا شيء عليه[١] .

ودفتر البائع الذى أعده ليكتب فيه ماله ، وما عليه ، إذا كتب فيه : أن عليه لفلان كذا كان ذلك حجة عليه ، وكذلك دفتر الصراف والسمسار يفهم هذا مما ورد فى معين الحكام[٢] .

قال الساتحانى : وفى المقدسى عن الظهيرية لو قال : وجدت فى كتابى : أن له على ألفا ، أو وجدت فى ذكرى ، أو فى حسابى ، أو بخطى . أو قال : كتبت بيدى : أن له على كذا كله باطل ، وجماعة من أئمة بلخ قالوا : فى دفتر البياع : إن ما وجد فيه بخط البياع ، فهو لازم عليه ، لأنه لا يكتب إلا ما على الناس له ، وما للناس عليه صيانة عن النسيان ، والبناء على العادة الظاهرة واجب » .

وفى تكملة رد المحتار على الدر المختار : « فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا : لا يعمل بالخط يجرى على عمومه ، واستثناء دفتر السمسار ، والبياع لا يظهر . بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ ، وأن يقيد بكونه فيما عليه » .

ويقول صاحب التكملة : وحاصل ما تحرر فى مسألة الخط : أن عامة علمائنا على عدم العمل به إلا ما وجده القاضى فى أيدى القضاة الماضين ، وله رسوم فى دواوينهم ـ أى السجلات ـ وخط السمسار ، والبياع ، والصراف ، وإن لم يكن معنونا ظاهراً بين الناس ، وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على أنفسهم ، فى دفاترهم المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار ،

---

(١) معين الحكام ص ١٢٥ .

(٢) نفس المرجع ص ١٢٦ .

وأهل البلد ، فهي حجة عليهم ، ولو بعد موتهم »[1] .

وأعتقد أن هـذا في الخط المجرد من الشهود ، أما ما كان عليه شهود فالأمر واضح ، ولا خلاف فيه ، والله أعلم .

القضاء باجتهاد القاضي :

القاضي قد لا يجد نصاً مباشراً واضحاً يحكم محل النزاع بين المتنازعين ، ويكون الموجود نصا محتملا لأكثر من وجه ، وعليه فكل واحد من المتنازعين يفسر هـذا النص المحتمل لصالحه وعلى ذلك فالقاضي يجتهد في تفسير هذا النص ، ويستعين برأى الفقهاء في ذلك ، ويحكم بما يرى أنه الحق .

ومن ذلك : تقدير نفقات الزوجات ، والأولاد ، وغـيرهم ، وإعطاء القاضي مهلة للخصم ، أو للخصوم عند الحاجة إلى ذلك . وكذلك التعزيرات : يرجع فيها إلى رأى القاضي ، ونظره بقدر الجناية ، وحال الجاني ، والمجني عليه ، حتى تقع المؤاخذة على وفق هذا من غير حيف منه[2] . هـذا إذا لم يقيده ولى الأمر بعقوبة معينة .

والقاضي إنما يجتهد إذا كان أهلا للاجتهاد .

---

(١) تكملة رد المحتار على الدر المختار جـ ٨ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٤٧ .

القضاء بالأشبه للحق من قول الخصمين

عند المالكية :

إذا اختلف الزوجان فى عدد الصداق ، أو فى نوعه ، وأتى أحدهما بما يشبه ، وأتى الآخر بما لا يشبه ففيها روايتان عن مالك :

إحداهما : يتحالفان ، ويتفاسخان .

والثانية : القول قول من أتى بما يشبه ، قال الشيخ أبو الحسن : وهو أصوب ؛ لأن قوله ما يشبه كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل .

الاختلاف بين الراهن والمرتهن :

وإذا اختلف الراهن ، والمرتهن فى الرهن ، واتفقا على قدر المبلغ المرهون فيه العين ، مثل : أن يتفقا على أن المبلغ ألف درهم ، فيأتى المرتهن بثوب يساوى مائة ، ويقول : هذا هو الثوب الذى رهنته عندى . ويقول الراهن : رهنت ثوباً يساوى ألف درهم ، فالقول قول الراهن ؛ لأنه ادعى ما يشبه ، وادعى المرتهن ما لا يشبه .

وكل متداعيين فى الرهن ، والبيوع إذا ادعى أحدهما ما يشبه وادعى الآخر ما لا يشبه ـ فالقول قول الذى يشبه ، ويسقط قول الذى لا يشبه . قال أصبغ : وقد قال لى أشهب : إن القول قول المرتهن ، ولو لم يساو إلا درهما ، وهو باطل ، وليس بشيء ، وهو انحراف فى القياس .

ورجح القاضى عبد الوهاب قول أشهب : بأن الراهن رضى بأمانته ولم يتوثق بالإشهاد على عين الرهن ، ثم يدعى تضمينه ، وإثبات دعوى ،

لا تعرف إلا بقوله ، فوجب القول : بأن القول قول المرتهن .

قال بعض المتأخرين ، وهذا مذهب ابن القاسم . وإذا اختلف الراهن والمرتهن فى مقدار الدين فالقول قول من وافق قوله قيمة الرهن مع يمينه ؛ اعتباراً للظاهر ، فإن كان الرهن دابة ، فماتت فى يد المرتهن ، فاختلفا فيما رهنت فيه - فالقول قول الذى عليه الحق عنه ابن القاسم ، فإن كان الرهن حيا فالقول قول المرتهن[1] .

اختلاف المؤجر والمستأجر

إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى مقدار الأجرة ، مثل : أن يقول المؤجر : أجرت لك كذا بمائة ، ويقول المستأجر : بل بخمسين وذلك بعد انقضاء مدة الإجارة - فالقول قول المستأجر إن ادعى مايشبه ، ويحلف على ذلك ، وإن كان الأمد المحدد للإجارة لم ينته فإنهما يتفاسخان[2] . ولعل المقصود أن يكون التفاسخ بعد التحالف من الطرفين ؛ لأن بعد التحالف يخفى وجه الحق فيؤدى ذلك إلى التفاسخ ، بخلاف ما قبل التحالف ؛ لأن أحدهما قد يمتنع عن الحلف ، ويحلف الآخر فيظهر قوة جانب الحالف . وضعف جانب الممتنع عن الحلف .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٥١ ، ٨١ ، ٨٢ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٥١ .

القضاء بموجب الجحود

فى تبصرة الحكام : وإذا شهد على رجل بطلاق إحدى امرأتيه ، وهو يجحد - فإنه يحكم عليه بطلاقهما جميعاً .

وكذلك : لو قال : فلانة طالق ، وكلتاهما تسمى بذلك الاسم ، ثم جحد - كان بمنزلة من قال : إحداكما طالق ، ثم جحد ، فإنهما يطلقان عليه جميعاً[1] ؛ لأن الطلاق صدر ، ولا يدرى على من وقع فيشيع فيهما معا ، كما أنه قد اجتمع الحلال ، والحرام فى المرأتين ، وإذا اجتمع الحلال ، والحرام فى شىء واحد غلب الحرام الحلال وهذا نشأ عن جحود الزوج المشهود عليه بالطلاق.

وأما إذا عين المطلقة فلا تطلق الأخرى .

القضاء بالعرف والعادة

العادة غلبة معنى من المعانى على جميع البلاد ، أو بعضها . قال الله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » العرف ضد النكر والمعروف ضد المنكر[2] وهو ما تعارف الناس عليه ، وتقره الشريعة الإسلامية .

من ذلك : اختلاف الزوجين فى متاع البيت ، وهما زوجان . أو بعد الطلاق ، أو الموت ، فكان التنازع بين الورثة ، بعد موت الزوجين أو مات أحدهما فكان التنازع بين الباقى ، وورثة الآخر ، وسواء كان الزوجان حرين ، أو عبدين ، أو مختلفين ، مسلمين ، أو أحدهما مسلم .

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٥٣ .

(٢) مختار الصحاح ص ٤٢٦ .

فالحكم فى ذلك : أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء ، ويقضى للرجل بما يعرف للرجال ، وما يصلح لهما يقضى للرجل ، لأن البيت بيته عادة فهو تحت يده ، فيقدم الرجل .

وقال ابن القاسم : ما كان من شأن الرجال ، والنساء - أى يصلح لهما - قضى به للاثنين ، فيقسم بينهما ، بعد أيمانهما ، لاشتراكهما فى وضع اليد ، وقال سحنون : « ما عرف بأحدهما لا يحلف عليه » .

وقال ابن القاسم : ما ولى الرجل شراءه من متاع النساء ، وشهدت به البينة أخذه بعد يمينه : أنه ما اشتراه إلا له ، وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة[1] .

الخلاف بين المتبايعين :

وإذا اختلف المتبايعان فى تعجيل الثمن ، وتأجيله حكم بالعرف ؛ إن كان ثم عرف .

ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ فى البيع : كقول البائع : بعتك هذه الأرض بكذا ، ولم يزد على ذلك . فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها : كالبناء والأشجار ، وهذا بحكم العرف ، ولفظ الشجر ، والدار يشمل الثوابت : كالأبواب ، والرفوف ، والسلم المسمر ، والأشجار الثابتة .

هدية الزوج والزوجة :

قال أصبغ بن سهل : سألت الفقيه أبا عتاب عن الهدية التى يهديها الأزواج إلى الزوجات قبل البناء بالزوجة : هل يقضى على الزوج بها إن

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٥٧ ، معين الحكام ص ١٢٩ .

امتنع منها ، ويطالب بها ؟ فقال : إنه يقضى على الزوج بها على قدره ، وقدرها وقدر صداقها ، وليس عليها أن تثيبه إلا أن تشاء ، فإن أبت ، أو أبى أبوها ، إن كانت بكرا لم يقض عليهما بذلك .

وأما وليمة العرس ، فقد قال صاحب التبصرة : الصواب عندى أن يقضى على الزوج بالوليمة لقول النبى ﷺ لعبد الرحمن بن عوف : « أو لم ، ولو بشاة » مع العمل به عند العامة ، والخاصة ، بخلاف ما تعطى الماشطة على الجلوة هذا لا يقضى به عندنا ، إن امتنع ، ولا بأجرة ضارب دف ، قال ابن راشد : ولا يقضى بالوليمة ، وهى واجبة على الزوج وجوب السنن ؛ ومذهب مالك : أنها مرغب فيها ، ومندوب إليها .

تغير الأحكام المبنية على العادة :

العادات التى تتصل بالجانب الاجتماعى ، وليس فيها نص تفصيل مباشر من الشرع - فإنه يرجع فيها إلى العادة ، والعرف ، كما سبق ، والعادة ، أو العرف يتغيران من عصر إلى عصر ، وقد يتغيران من جيل إلى جيل ، وعلى ذلك فالحكم المبنى على العادة يتغير بتغير العادة .

فكل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة ، وليس ذلك تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد ، بل هى قاعدة اجتهد فيها العلماء ، ونحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد . فمثلا : إذا كان القول قول من ادعى شيئا ؛ لأنه العادة ، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه ، بل ينعكس الحال فيه ، وينبغى للمفتى إذا ورد عليه مستفت ، لا يعلم أنه من أهل البلد الذى فيه المفتى - ينبغى ألا يفتيه بما عادته يفتى به حتى يسأله عن بلده .

وبالنسبة للعرف فى معنى لفظ من الألفاظ : يسأله : هل حدث لهذا اللفظ اللغوى عرف فى ذلك البلد الذى قدم منه المستفتى ، أم لا ؟

وإن كان اللفظ له معنى من جهة العرف فإنه يسأله : هل عرف ذلك البلد الذى قدم منه موافق لعرف هذا البلد ، أم لا ؟

وإن العادتين متى كانتا فى بلدين ليستا سواء فإن حكميهما ليسا سواء .

واختلف العلماء فى اللفظ الواحد إذا اجتمع له معنى لغوى ، ومعنى عرفى ، هل يقدم المعنى العرفى على اللغوى ، أم لا ؟ فيه خلاف بينهم[١] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٦٦ ، معين الحكام للطرابلسى ص ١٣٠ .

القضاء بشهادة الوثيقة والرهن

على استيفاء الحق

١ – الوثيقة :

إذا وجدت وثيقة الدين بيد المطلوب منه الدين ممحوة ، وهو يدعى : أنه دفع ما فيها . وسلمها رب الدين إليه ، ورب الدين منكر لذلك ويدعى سقوط الوثيقة منه ـ فاختلف فى ذلك ، فقيل : ترد الوثيقة لرب الدين ، لإمكان حدوث ما ذكره رب الدين ، وترد الوثيقة بعد أن يحلف رب الدين أنه ما اقتضى من دينه شيئا ، وعلى المطلوب منه الدين أن يدفع ما فى الوثيقة ، وهو المشهور ، عند المالكية .

وقيل : لا ترد الوثيقة ، وهى شهادة المدين بالقضاء ؛ لأن رب الدين لم يأت بما يشبه فى الأغلب ، لأن الأغلب دفع الوثيقة إلى من هو عليه إذا أدى الدين ، فتكون اليمين على المطلوب منه الدين ؛ لأن جانبه أقوى والظاهر يشهد له .

قال أبو عمر بن عبد البر : إذا كتب الشاهد شهادته فى ذكر حق ، فطولب بها فزعم المشهود عليه : أنه أدى ذلك الحق ، لم يشهد الشاهد بهذا الحق حتى يؤتى بالكتاب الذى فيه شهادته ؛ لأن الذى عليه أكثر الناس أخذ الوثائق ، إذا أدوا الديون » .

ومعنى ذلك : أن المشهود عليه حينما أشار إلى أداء الحق المشهود به عليه ، فعلى الشاهد إذا طلب منه أداء هذه الشهادة أن يتأكد من بقاء هذا الحق على المشهود عليه ، وأنه لم يؤده ، وذلك عن طريق رؤيته الوثيقة التى شهد فيها مع صاحب الحق ؛ لأن الحق لو أدى لصاحبه لأخذ المدين الوثيقة ولما وجدت مع صاحب الحق . . . .

وفى كتاب ابن حبيب : ومن زعم : أن وثيقته بالحق ضاعت منه وسأل الشاهد : «أن يشهد له بما عرف ذلك له ، إن حفظ ذلك وهذا يفيد : أن الوثيقة إذا زعم ضياعها فإن الشاهد الذى تضمنت الوثيقة شهادته لا يشهد بهذا الحق إلا إذا كان حافظا الشهادة التى ضمنها الوثيقة التى ضاعت .

وقال ابن الماجشون : لا يشهد له . ولعل ذلك الذى ذكره ابن الماجشون مبنى على صعوبة الإلمام الكامل بما تضمنته الشهادة المذكورة فى الوثيقة التى ضاعت .

دفع وثيقة الدين إلى المدين بعد دفع ما فيها :

الذى عليه الدين أخذ وثيقة الدين من صاحبها ، بعد دفع مافيها ، ويقضى عليه بتقطيعها ، قاله ابن العطار ، ونحوه فى الواضحة ، وبه يقضى القاضى فى هذه المسألة .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا تقطع وثيقة الدين ، ولا يجبر ربها على إعطائها ويجبر على أن يكتب له[1] إبراء من هذا الدين .

أما صيغة كتاب الإبراء فهو كما يأتى :

بسم الله الرحمن الرحيم

أشهد فلان بن فلان على نفسه شهداء هذا الكتاب ، فى صحة منه وجواز أمره ، وأقر إقراراً لزمه شرعاً : أنه قبض من فلان بن فلان كذا ، وكذا . الذى كان أسلفه إياه ، أو الذى وجب عليه من ثمن سلعة كذا ، وكان قد كتب عليه بذلك كتابا تاريخه كذا ؛ واستوفاها وصارت بيده ، وأبرأه من

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٥٣ .

جميعها ، ولم يبق قبله منها ، ولا من غيرها ، على جميع الوجوه كلها - قليل ، ولا كثير ، ولا دعوى ، ولا حجة ، ولا يمين بسبب من الأسباب ، وسقط بذلك عن فلان العقد الذى كان كتبه عليه بسبب وصول ما فيه[1] ثم يشهد بذلك عليهما الشهود ، مع بيان تاريخ الإبراء ، والشهادة .

وإنما يطلب الإشهاد على الاثنين ، ذلك لأجل مراعاة حق الجانبين ومنعاً للتلاعب .

٢ — الرهن ورده على صاحبه :

لو كان رب الدين قد أخذ من الغريم رهناً ، ثم دفعه إلى الغريم ، وادعى أنه أعطاه الرهن ، ولم يوفه حقه ، وقال الغريم لم يدفع إلى رهنى إلا بعد قبض دينه - فى هـذه المسألة قال مالك : أرى أن يحلف الراهن ، ويسقط عنه ما دعاه رب الدين عليه .

وكذلك : لو أنـكر صاحب الدين أن يكون قبض منه شيئا من حقه وقال دفعت إليه الرهن على أن يأتينى بحقى ، فلم يفعل - فالقول قول الراهن على هذه الرواية ؛ لأن الظاهر يشهد للراهن حيث إنه قبض الرهن ، وهـذا هو الأظهر .

وإذا ارتهنت المرأة من زوجها بصداقها رهنا ، ثم سلمته له - كان القول قول الزوج ، مع يمينه : أنه دفع الصداق إليها وبرأ من الصداق ، سواء دخل بها ، أو لم يدخل[2] وذلك لشهادة الظاهر له ؛ لأن من أخـذ مارهنه يكون قد دفع ما عليه غالبا .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٨٤ مع التصرف فى بعض العبارات .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٨٧ .

مطلب

فى القضاء بشهادة رائحة الخمر أو استقاءتها

قال اللخمى رحمه الله : ذهب مالك رحمه الله تعالى وجماعة من أصحابه إلى أن الحد يجب على من وجد منه ريح المسكر . والدليل على ذلك .

١ — ماروى عن السائب بن يزيد : أنه حضر عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو يجلد رجلا وجد منه ريح شراب ، فجلده الحد تاما .

٢ — دليل من حيث المعنى : حيث إن هذا معنى يعلم به صفة ما شرب المكلف ، وجنسه ، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحد ، وأصل ذلك: أن وجدان الريح من الشارب أقوى فى معرفة حال المشروب من الرؤية ؛ لأن الرؤية لايعلم بها الشراب . أمسكر هو ، أم لا ؟ وإنما يعلم ذلك برائحته .

والكلام فى ذلك يتعلق بثلاثة أمور :

١ — فيمن يطلب الحاكم شم رائحته .

٢ — فيمن يثبت بشهادته : أن هذه الرائحة رائحة مسكر .

٣ — الواجب فى ذلك ، إذا تيقنت رائحة المسكر ، أو أشكلت .

وتفصيل ذلك فيما يأتى :

من يجب استنكاهه :

يجب ذلك فيمن يرى الحاكم منه تخليطاً فى قول ، أو شىء ، شبه السكران ، ففى رواية أصبغ عن ابن القاسم : أنه إذا رأى الحاكم منه ذلك

أمر باستنكاهه ، قال : لأنه قد بلغ الأمر إلى الحاكم فلا يسعه إلا تحققه ، فإذا اثبت الحد حد أمامه .

وكذلك : لو شم منه رائحة ينكرها ، أو ينكرها بحضرته من ينكرها قال القاضي أبو الوليد الباجي : فعندي : أنه قد تعين عليه استنكاهه وتحقق حاله ؛ لأن هذه صفة ينكر بها حاله ، ويستراب بها ، ويقوى بها الظن في وجوب الحد عليه ، فيجب بذلك اختباره ، وتحقق حاله ؛ كالتخليط في الكلام ، والمشي .

فإن لم يظهر منه شيء من هذه الأحوال لم يستنكه .

ولا يتجسس عليه ؛ لأنه إن لم يجد منه ريبة ، ولا خروجاً عن أحوال الناس المعتادة فلا يجوز التجسس على الناس ، والتعرض لهم من غير ريبة.

من يثبت بشهادته ذلك ؟

أما الذي يثبت ذلك بشهادته ، فإنه يحتاج إلى معرفة صفته وعدده .

فأما صفة الشهود : فقد قال القاضي أبو الحسن : إن صفة الشاهدين على الرائحة : أن يكونا عن خبر شربها في وقت ما » .

وقد يكون من لم يشربها قط يعرف رائحتها معرفة صحيحة ، بأن يخبره عنها المرة بعد المرة من قد شربها : أنها هي رائحة الخمر ، حتى يعرف ذلك ، كما يعرفها الذي قد شربها .

وأما العدد : فلا يخلو أن يكون الحاكم أمر الشهود بالاستنكاه أو فعلوا ذلك هم ابتداء :

فإن كان الحاكم أمرهم بذلك : فقد روى ابن حبيب عن أصبغ : أنه يستحب أن يأمر شاهدين ، فإن لم يكن إلا شاهد واحد وجب به الحد .

وأما إن كان الشهود فعلوا ذلك من قبل أنفسهم فلا يجزىء أقل من اثنين ، كالشهادة على الشرب .

وقد روى ابن وهب عن مالك : « أنه إن لم يكن مع الحاكم إلا واحد فليرفع الأمر إلى من هو فوقه » .

وقال القاضى أبو الوليد رحمه الله : وما رواه ابن حبيب عن أصبغ مبنى على أن الحاكم يحكم بعلمه ، فلذلك جاز عنده علم من استنابه فى استنكاه الشخص ، وإلا فقد يجب أن لا يحد فى ذلك حتى يشهد عنده فيه شاهدان .

الواجب بشهادة الاستنكاه :

الأمر لا يخلو : أن يكون الشهود متيقنين للرائحة ، أو شاكين فيها .

فإن كانوا متيقنين للرائحة : فلا يخلو أن يتفقوا على أنها رائحة مسكر ، أو يختلفوا فى ذلك .

١ — فإن اتفقوا على أنها رائحة غير مسكر ، وجب ترك الحد .

٢ — وإن اتفقوا على أنها رائحة مسكر وجب عليه الحد عند المالكية .

٣ — وإن اختلفوا فى ذلك ، فقال بعض الشهود : رائحة مسكر ، وقال بعضهم : ليس برائحة مسكر ، فقد قال ابن حبيب : إذا اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد .

ووجه ذلك : أن الشهادة قد قامت ، وكملت ، ولا يؤثر فى ذلك نفى من نفى مقتضاها .

كما لو شهد شاهدان : أنهما رأياه شرب خمرا ، وقال شاهدان آخران لم يشرب خمرا ، والمثبت يقدم على النافى[1] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٨٩ ، ٩٠ حاشية الدسوقى والشرح الكبير جـ ٤ ص ٣٥٢ .

٤ — فإن شك الشهود فى الرائحة : هل هى رائحة مسكر ، أو غيره نظرت حاله : فإن كان من أهل السفه نكل أى عزر،وإن كان من أهل العدل خلى سبيله . حكى ذلك ابن القاسم فى العتبية ، والموازية . ووجه ذلك : أن من عرف بالسفه ، والشرب ،والتخليط خيف أن يكون ما شك فيه مما حرم عليه فوجب أن يزجر عن التسمية بذلك لئلا يتطرق بذلك إلى إظهار معصية .

وأما من كان من أهل العدل : فتبعد عنه الريبة ، ولا يوجد ما يدعو إلى تعزيره .

ويتعلق الحد : بما يقع به إفطار الصائم ، من تجاوز الشراب من الفم إلى الحلق .

قيء الخمر :

لو شهد شاهدان : أنه قاء خمرا لوجب عليه الحد عند المالكية ؛ لأنه لا يقيئها حتى يشربها ، وقد روى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه.

عند الحنفية :

لا حد على من توجد منه رائحة الخمر ؛ لأن وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر ؛ لجواز أنه تمضمض بها،ولم يشربها ، أو شربها عن إكراه، أو مخمصة ، وكذلك من تقيأ خمرا لا حد عليه ؛ لجواز أنه شربها كرها[1] .

وعلى هذا : فوجود رائحة الخمر لا توجب الحد على من وجدت فيه هذه الرائحة ، حتى ولو شهد شاهد ، أو شاهدان ، أو أكثر بأنها رائحة

(١) بدائع الصنائع جـ ٩ ، ص ٤١٦٤ ، ٤١٦٥ ، معين الحكام ص ١٨٥ . الهداية شرح بداية المبتدى جـ ٢ ص ١١١ .

خمر ، وهذا عند الحنفية ؛ لوجود شبهة قوية فى ذلك والحدود تسقط بالشبهات .

وكذلك عند الشافعية : لا يحد بريح خمر ، وسكر ، وقىء ؛ لاحتمال أنه يكون شرب غالطاً ، أو مكرها ، والحد يدرأ بالشبهة ، ولا يستوفى القاضى الحد بعلمه على الصحيح ، بناء على أنه لا يقضى بعلمه فى حدود الله تعالى[١].

عند الحنابلة : بالنسبة لرائحة الخمر :

روى أبو طالب عن أحمد : أنه يحد بذلك ، وهو قول مالك ، كما سبق ، ولا يحد بالرائحة عند باقى الحنابلة .

دليل رواية الحد عن أحمد :

١ ـ لأن ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر .

وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه قال : « وجدت من عبيد الله ريح شراب .. فإن كان يسكر جلدته »[٢] .

٢ ـ ولأن الرائحة تدل على شربه ، فجرى مجرى الإقرار .

وقد ذكر ابن قدامة : أن القول بعدم الحد بناء على الرائحة أولى وأن الرائحة محتملة ، ومع الاحتمال لا يجب الحد .

أما وجود من يتقيأ الخمر ، أو من هو سكران :

فعن أحمد : لا حد عليه ؛ لاحتمال أن يكون مكرها ، أو لم يعلم أنها خمر وهذا مذهب الشافعى ، كما سبق .

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٤ ص ١٩٠ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج جـ ٨ ص ١٦ .

(٢) صحيح البخارى ج ٧ ص ١٣٩ .

وفى مقابل هذا القول : روى سعيد : حدثنا هشيم ، حدثنا المغيرة عن الشعبى قال : لما كان من أمر قدامة ما كان جاء علقمة الخصى ، فقال : أشهد أنى رأيته يتقيؤها ، فقال عمر : من قاءها ، فقد شربها فضربه الحد .

وروى حصين بن المنذر الرقاشى قال : « شهدت عثمان ، وأتى بالوليد ابن عقبة ، فشهد عليه حمران ، ورجل آخر ، فشهد أحدهما : أنه رآه شربها ، وشهد الآخر : أنه رآه يتقيؤها ، فقال عثمان : إنه لم يتقيأها حتى شربها ، فقال لعلى : أقم عليه الحد ، فأمر على عبد الله بن جعفر ، فضربه » رواه مسلم .

ولأنه يكفى فى الشهادة عليه أنه شربها ، ولا يتقيؤها ، أو لا يسكر منها حتى يشربها[1] .

وعلى قول من قال : بأن الشخص لا يحد بوجود رائحة الخمر منه ، كما لا يحد إذا تقايأ الخمر — على هذا فالقاضى لا يقضى بالحد بناء على هذا ، ولا يصلح أن يكون طريقاً للقضاء بخلاف من جعله طريقاً من طرق القضاء ، كما مر عند المالكية والله تعالى أعلم .

والذى أميل إلى الأخذ به : هو أن رائحة الخمر ، أو تقايؤها لا يثبت به الحد ، ولا يصلح ان يكون طريقاً من طرق القضاء .

وذلك : لأن وجود الرائحة من شخص ، أو تقايؤه الخمر فيه احتمال كبير بأنه شربها مكرها ، أو غالطاً ، أو أنه لا يعلم أنها خمر فلما صارت فى فمه عرفها فلفظها ، ولم يشربها ، ومع ذلك ظهرت منه الرائحة وعليه : فالاحتمال كبير ، والشبهة قوية ، والحد لا يثبت مع وجود الشبهة القوية .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ١٦٣ .

القضاء بشهادة الحمل على الزنى

عند المالكية :

فى تبصرة الحكام : « وإن ظهر الحمل بحرة ، بلدية ، ليست بغريبة ، ولا يعرف لها زوج ـ فإنها تحد ، ويفهم من هذا : أنه إذا ظهر الحمل بامرأة حرة تقيم ببلد ، وليست طارئة على هذا البلد ، وليست غريبة عن هذا البلد فإنها تحد حد الزنى .

وكذلك الأمة ، التى لا زوج لها ، وسيدها منكر لوطئها فإنها تحد حد الزنى إذا ظهر بها حمل ؛ لأن ذلك شاهد على حدوث الزنى .

قال المازى : « وللحمل علامات : منها ظهوره ، وأقل ما يكون ذلك فى ثلاثة أشهر ، والحركة ـ أى فى بطنها ـ ولا تكون فى أقل من أربعة أشهر ، ومنها تحققه ، ومشاهدته بعد الوضع ، وورد الشرع بالاقتصار على العلامة الأولى ، وهو ظهوره فى الوقت الذى يظهر فيه غالباً » .

ولا يقبل قول المرأة : غصبت ، وكنت مكرهة ، إلا أن تظهر أمارة تصدقها ، بأن يرى منها أثر الدم ، أو صياح ، أو استغاثة ، وما أشبه ذلك ، مما يدل على صدقها .

واختار الباجى سقوط الحد عنها ، وإن لم يكن ثم أمارة .

ولا يقبل قولها : إنه من زوجى طلقنى ، أو غاب عنى حيث لا يعرف ذلك ، وأما المرأة الطارئة فيقبل ذلك منها ؛ لكونها غريبة . وصدقها محتمل » .

وقال ابن راشد : إن قالت : وطئت بين الفخذين ، ودخل الماء إلى فرجى ، فكان الحمل عن ذلك ـ فينبغى أن يدرأ الحد عنها ؛ لأن ذلك ممكن وقال ﷺ : « ادرءوا الحدود بالشبهات ، وإذا ظهر الحمل بامرأة المجبوب ،

أو ولدت المرأة لأقل بكثير من ستة أشهر من يوم العقد ـ فإنها تحد[١] .

دليل وجوب الحد : قول عمر رضى الله عنه : والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء ، إذا كان محصناً إذا قامت بينة ، أو كان الحبل ، أو الاعتراف ، وأمر عثمان رضى الله عنه برجم من ولدت لستة أشهر من وقت الزواج .

وقول على رضى الله عنه : « زنى العلانية أن يظهر الحبل ، أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمى » .

عند الحنابلة :

إذا حبلت امرأة لا زوج لها ، ولا سيد لم يلزمها الحد بذلك ، وتسأل فإن ادعت أنها أكرهت ، أو وطئت بشبهة ، أولم تعترف بالزنى لم تحد بذلك.

دليل الحنابلة :

أنه يحتمل أنه وطء إكراه ، أو شبهة ، والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل : إن المرأة تحمل من غير وطء ، بأن يدخل ماء الرجل فى فرجها ، إما بفعلها أو فعل غيرها ، ولهذا تصور حمل البكر ، فقد وجد ذلك .

الرد على من أوجب الحد :

قول الصحابة الذى ورد سابقاً : قد اختلفت الرواية عنهم ، فروى سعيد : حدثنا خلف بن خليفة ، حدثنا هاشم : أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج ، وقد حملت فسألها عمر فقالت : إنى امرأة ثقيلة

---

(١) تبصرة الحكام ج٢ ص١٩١، حاشية الدسوقى والشرح الكبير ج٤ ص٣٩١

الرأس وقع على رجل ، وأنا نائمة ، فما استيقظت حتى فرغ ، فدرأ عنها الحد .

وروى البراء بن صبرة عن عمر : أنه أتى بامرأة حامل ، فادعت أنها أكرهت ، فقال : خل سبيلها ، وكتب إلى أمراء الأجناد ألا يقتل أحد إلا بإذنه .

وروى عن على ، وابن عباس أنهما قالا : إذا كان فى الحد لعل ، وعسى فهو معطل .

وروى الدارقطنى بإسناده عن عبد الله بن مسعود ، ومعاذ بن جبل ، وعقبة بن عامر ، أنهم قالوا : إذا أشبه عليك الحد فادرأ ما استطعت ولا خلاف فى أن الحد يدرأ بالشبهات ، وهى متحققة هنا[1] .

ويبدو لى وجاهة الرأى القائل : بعدم وجوب الحد فى هذه المسألة لما ذكروه من وجود الاحتمالات ، والشبهات ، كما سبق .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٧٩ ، ٨٠ .

القضاء باللوث فى الأموال

الحكم باللوث فى الأموال موجود ، ومثاله : أنه يحكم بالعمامة لمن هو مكشوف الرأس ، وأمامه رجل عليه عمامة ، وبيده أخرى وهو هارب ، يطارده الشخص المكشوف الرأس ، فهنا يحكم باللوث الظاهر ، القائم مقام الشاهدين ، وهو أقوى من الشاهدين .

واللوث : علامة ظاهرة لصدق المدعى ، وقد اعتبرها الشارع فى اللقطة ، وفى النسب ، وفى استحقاق السلب ، وإذا ادعى اثنان قتل الكافر أثناء الجهاد ، وكان أثر الدم فى سيف أحدهما أدل منه فى سيف الآخر .

اللوث مع اليمين :

إذا أغار قوم على بيت رجل وأخذوا ما فيه ، والناس ينظرون إليهم ، ولم يشهدوا على معاينة ما أخذوا ، ولكن علموا أنهم أغاروا عليه ، وانتهبوا فقال ابن القاسم ، وابن الماجشون : القول قول المنتهب — بكسر الهاء — مع يمينه ، لأن مالكا قال فى منتهب الصرة يختلفان فى عددها القول قول المنتهب مع يمينه ، وقال مطرف ، وابن كنانة ، وابن حبيب : القول قول المنتهب منه — بفتح الهاء — مع يمينه ، فيما يشبه أنه يملكه ، ويحمل على الظالم .

وقال مالك فيمن دخل عليه السراق فسرقوا متاعه ، وانتهبوا ماله ، وأرادوا قتله ، فنازعهم ، وحاربهم ، ثم ادعى : أنه عرفهم ، أو لم يعرفهم ، أهو مصدق عليهم ، إذا كانوا معروفين بالسرقة ، مستحلين لها ، أو ترى : أن يكلف البينة ؟ قال : هو مصدق ، وقد نزلت هذه الحادثة بالمدينة ، فى زمان عمر رضى الله تعالى عنه ، فغرمهم عمر رضى الله تعالى عنه بقول المدعى ولكلهم عقوبة موجعة ، ولم يكلفه البينة .

وسئل مالك عن رجلين ابتاعا طعاما ، فحمل الحمالون إليهما الطعام فوجد أحدهما طعامه ينقص غرائر ، فذهب إلى الرجل الآخر ، الذى كان يحمل الحمالون إليه الطعام ، فقال له : انظر : لا يكون ذهب إليك من طعامى شيء ؟ فكال الرجل طعامه ، فوجد فيه زيادة ، فردها ، فأراد الذى ذهب طعامه : أن يستحلفه على باقى ما نقصه من الغرائر ـ فقال مالك : ذلك له ؛ وإن نكل ـ أى امتنع عن الحلف ـ حق عليه الحق[1] .

ومعنى ذلك : أن اللوث بمعنى العلاقة الظاهرة ترجح جانب من تكون إلى جانبه من المتنازعين كما سبق .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٢ . الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٦٨

مبحث

فى القضاء بشهادة الحيازة على الملك

دلالة الحيازة على ملك الحائز لها أحكام ، وهـذه الأحكام تختلف من من حالة إلى حالة : فالمدعى الذى ينازع الحائز قد يكون حاضرا يرى الحائز ويرى تصرفه فى العين المحوزة ، وقد يكون غائباً لا يرى هذا ، وقد يكون عالماً بأنه يملك هـذه العين التى يحوزها الحائز وقد لا يكون عالماً ، وبالجملة : قد يكون له عذر شرعى يمنعه من المطالبة بالعين التى يحوزها الحائز ، وقد لا يكون له عذر ، وتركها المدة المضروبة لهذه الحيازة ، كما أن لها مراتب ، فقد تكون الدعوى بين أجنبيين أو بين قريبين ، توجد بينهما شركة أو لا توجد . وسوف أتناول ذلك فيما يأتى :

الحيازة على الغائب :

الحيازة : هى وضع اليد على الشىء ، والاستيلاء عليه ، أما بالنسبة للحيازة على الغائب[1] ، فقد ورد عن ابن القاسم ، وابن وهب ، وابن نافع وأصبغ ، ومطرف فى الغائب يحاز عليه من ماله ، وهو على مسيرة دون سبعة أيام يريد كالخمسة أيام . فإن علم فى غيبته بما حيز عليه من ماله ، فلم يقدم ، ولم يوكل بالمطالبة عنه ، حتى طال زمان ذلك ، فهو كالحاضر ، إلا أن يكون له عذر مثل : أن يكون فى يد عدو ، أو من وراء بحر ، أو

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢٣٣ .

يكون ضعيفاً ، أو مختلا ، أو امرأة محجوبة ، أو غير محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر ، فيكون على حقه أبدا ، فله حق المطالبة باليمين ، وإثبات ذلك الحق .

وإن أشهد فى غيبته على عذره ، وأنه غير تارك للمطالبة بحقه إلا لما ذكره من عـذره كان ذلك أوثق له ، وقد يكون الغائب على مسافة قريبة معاذير يعذر بها ، إذا ظهرت .

قال ابن حبيب : ثم رجع ابن القاسم ، فقال : أرى الغائب على مسيرة الثلاثة أيام ، والأربعة معذورا فى غيبته ، وإن علم بماحيز عليه ، وإن لم يكن ضعيفاً فى بدنه ، ولا مختلا فى عقله ، وأراه على حقه أبدا ، ما زال غائباً ، لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف .

وقوله الأول أحسن ، وهو الذى اجتمع عليه كبار أصحاب مالك .

وفى العتبية : عن ابن القاسم : أن الثمانية أيام فى حكم القريب .

وفى الطرر : لابن عات : أن مغيب المرأة على مسيرة اليوم لا يقطع حجتها ، لأن اليوم معتبر فى حقها شرعاً ، حيث لا يحل لها أن تسافر مسيرة يوم إلا مع ذى محرم منها .

العلم وعدم العـلم بالحيازة :

هذا الذى تقدم إذا كان الغائب عالماً بأن شخصاً قد حاز عليه ما يملكه أما إذا كان غير عالم فهو على حقه ، إذا قدم ، ولا حيازة عليه ، وإن طالت الحيازة فيه ، كانت الغيبة قريبة ، أو بعيدة .

والأصل فى الغائب أنه غير عالم بالحيازة حتى يقيم الحائز عليه بينة أنه كان عالماً بالحيازة .

الغيبة الطويلة :

ما سبق من الكلام على الغيبة إذا كانت أقل من سبعة أيام ، أما بالنسبة لسبعة أيام ، والثمانية ومافوقها من الغيبة ، فقد قال مطرف وأصبغ : ونرى السبعة أيام ، والثمانية ، وما أشبه ذلك طولا من الغيبة ، وعذرا فى ترك القدوم ، والطلب ، والتوكيل ، وإن كان عالما بالحيازة عليه ، إلا أنا نستحب له : أن يشهد فى غيبته ، إذا علم بحيازة ما له عنده ، وإن ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته ، إلا أن يطول الزمان جدا مثل : السبعين سنة أو الثمانين ، وما قاربها ، ويكون مع ذلك سماع مستفيض : بأنها ملك للذين هى بأيديهم ، تداولها هم ، ومن كان قبلهم بما يحاز به الملك ، فيكون ذلك كالحيازة على الحاضر ، وإن كانت الغيبة بعيدة ، قال ابن حبيب : وبقولهما أقول :

أما الحيازة على الحاضر فسوف أتناولها بالكلام فيما يأتى :

حيازة الأجنبى على الأجنبى الحاضر الدور والعقار :

قال أصبغ : ماحازه الأجنبى على الأجنبى بحضرته ، وعلمه أى الحيازات كان من سكنى فقط ، أو ازدراع ، أو هدم ، أو بنيان ، صغر شأنه أوعظم ، أو غير ذلك من وجوه الحيازات كلها ـ فذلك توجيه لهذا الشىء إلى حائزه وتقطع حجة صاحب هذا الشىء ، وهذه الحيازة كالشهادة على الملك .

وكذلك قال بهذا جماعة ، إذا كان على هـذا التفسير السابق ، ورأوا العشر سنين ، وما قاربها ، كالثمانى ، والتسع حيازة فيما بين المتداعيين .

عدم التوقيت :

وكان مالك لا يوقت الحيازة ، لا عشر سنين ولا غيرها ، وكان يرى ذلك عـلى قدر ما ينزل من الأمر ، ويرى فيه الإمام رأيه ، وتابعه ابن الماجشون على ذلك ، وإن ذلك قد يكون بعضه أقوى من بعض مثل : أن يـكون الطالب — أى المدعى — مجاوراً لحائزه مقيما معه ببلده عالمـاً بإحداث ما حدث فى ذلك المتنازع عليه ، طالما بما هدم وبما بنى ، لا ينـكر ذلك ولا يدفعه ، فإن هذه حالة إقرار ، لا شىء للمدعى معها فيما ادعى من ذلك وأثبت أصل ملـكه .

وإن لم يكن عـلى هذا الوصف ، وكان غائباً ، وكان الطالب مدعياً لشراء ، وما أشبه هذا ، فذلك الطالب الذى له البينة على أنه : له أو لأبيه أو لمن أخذ ذلك عنه ، إذا حلف أنه لم يخرج عنه ، ولم يزل من يده ، أو من يد من أخذه عنه ، بما يخرج به المال من يد صاحبه . يحلف بالنسبة لنفسه على وجه البت ، وبالنسبة لغيره يحلف على حسب ماعلم .

وذهب ابن القاسم ، وابن وهب ، وابن عبد الحـكم ، وأصبـغ إلى توقيت ذلك بعشر سنين ، وما قارب العشر ، وهـذا فى العقار ، والدور والأرضين .

والدليل على ذلك : قوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « من حاز على خصمه عشر سنين فهو أحق به » .

وهذا : إذا لم يوجد له عذر يمنعه من المطالبة ، ولا يوجد بينه وبين

المدعى عليه قرابة ، ولا مصاهرة ، ولا مصادقة ، ولا شركة على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى .

حيازة الأجنبى غير الشريك :

عبارة الشيخ الدردير ، وخليل - رحمهما الله تعالى - واضحة فى هذا . فقد ورد فى الشرح الكبير :

« وإن حاز أجنبى غير شريك فى الشىء المحاز ، وتصرف بواحد من أمور : سكنى ، أو إسكان ، أو زرع ، أو غرس ، أو استغلال ، أو هبة ، أو صدقة ، أو بيع ، أو هدم ، أو بناء ، أو قطع شجر ثم ادعى حاضر بالبلد ولو حكماً ، كمن على مسافة يومين ... ساكت ، عالم بالتصرف ، بلا مانع له من التكلم . . عشر سنين .. والعشر سنين إنما هى شرط فى حيازة العقار . وهو الأرض ، وما اتصـــل بها من بناء ، أو شجر ، وأما غير العقار ، فلا يشترط فيه هذا الطول ، وكذلك التصرف بالبيع ، والهبة ونحو ذلك لا يشترط فيه الطول المذكور ، إن حدث هذا لم تسمع دعواه . وليس المراد نفى سماعها مطلقاً إذ تسمع ؛ لاحتمال إقرار الحائز للمدعى بأنها ملكه ، أو اعتقاد الحائز : أن بمجرد حوزها تلك المدة يوجب له ملكها وإن كانت ثابتة الملك لغيره »[1] .

وكذلك : لا تعتبر بينته التى أقامها على صحة دعواه ؛ لأن العرف كذبه لأن سكوته تلك المدة دليل على صدق الحائز ؛ لجرى العادة أن الإنسان

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٤ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .

لا يسكت عن ملكه تلك المدة ، وتبين مما سبق فى هذه المسألة أنه لا بد من شروط تظهر فيما يأتى :

شروط حيازة الأجنبى فى العقار :

١ — أن يحصل من الأجنبى غير الشريك فى الشىء المحاز تصرف من التصرفات السابقة فى الشىء الذى حازه .

أن يكون المنازع له المدعى للملكية حاضراً معـــه بالبلد ، حقيقة ، أو حكماً ، كمن كان على مسافة يومين ، فإن بعدت المسافة كمن كان عـلى مسافة سبعة أيام ، فله القيام بالمطالبة ، متى قدم ، مطلقاً ، سواء ثبت عذره عن القدوم ، والتوكيل بالبينة ، أم لا .

٣ — أن يكون عالماً بتصرف الأجنبى ، بنوع من أنواع التصرفات السابقة .

٤ — أن يكون ساكتاً ، ولا مانع له من التكلم عشر سنين .

٥ — أن يدعى الحائز وقت المنازعة ملك الشىء المحاز[1] .

أما إذا لم يدع الملكية فللمدعى أن يقيم بينته ، ويقضى له بها ، بناء على بينة الملك وعدم المنازع فى الملكية .

٦ — أن يكون هذا فى محض حق الآدمى ، أما الوقف بأنواعه فتسمع فيه البينة ، ولو تقادم الزمن .

٧ — جهل أصل مدخل الحائز على الحيازة ، أما إذا علم بإسكان على وجه الإعارة ، أو الإجارة ونحوها فلا تنقطع حجة المدعى .

---

(١) حاشية الدسوقى وبشرح الكبير على مختصر خليل ج ٤ ص ٢٢٣ — ٢٢٥

حول هذه الشروط :

بالنسبة للتصرف بالهدم ، والبناء يشترط أن يكونا كثيرين ، أما لو كانا يسيرين عرفاً ، فلا يعتد بهما .

ويشترط أيضاً : أن يكونا لغير إصلاح ، أما لو كانا لإصلاح : كترميم دورة مياه ، أو تقوية بعض الجدران ، فلا يعتبران فى هذا المجال .

وقوله : « أن يكون عالماً » أى بتصرف الأجنبي الحائز ، أما لو كان غير عالم فله القيام بالمطالبة ، إذا ثبت عدم علمه .

وقوله : « أن يكون ساكتاً » فإن نازع ذلك الحاضر ـ وهو المدعى ـ الحائز ـ وهو المدعى عليه ـ لم يسقط حق المدعى ، والظاهر عدم سقوط حق المدعى إذا نازع ، ولو كانت المنازعة فى أى وقت من العشر سنين ، وفى بعض الكتب : لابد من المنازعة فيها . وظاهره : وإن لم تكن عند حاكم ، وقيل : إنما تنفع المنازعة إذا كانت عند قاض[1] .

وهذا الكلام ظاهر أنه فى العقار ، أما فى غير العقار ، فسوف أتناوله بالكلام فيما يأتى ـ إن شاء الله تعالى :

حيازة الأجنبي الحيوان والعروض :

فى هذا المجال قال ابن حبيب : قال لى مطرف ، وأصبغ : ما حازه الأجنبي على الأجنبى من . . . الدواب ، والحيوان كله ، والعروض كلها ،

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥٣ .

فأقام ذلك فى يديه . يركب الدواب ، ويحلب الماشية ، ويمتهن العروض فذلك كله لحائزه ، والحيازة فى ذلك أقل من عشر سنين قطع لحجة مدعيه ومثبت أصله بعد أن يحلف بالله : أنه له دون مدعيه ، ومثبت أصله . قالا : والحيوان والعروض أقصر مدة ، وأقوى فى الحيازة من الدور ، والأراضين ، ومعنى ذلك أن التصرف فى هذه الأشياء على هذا النحو مع علم صاحبها ، وسكوته بلا عذر ، واستمرار ذلك أقل من عشر سنين ـ يقطع حجة المدعى ، ولو أثبت أصل تملكه السابق على الحيازة .

ويكفى فى ذلك بالنسبة للثياب : السنة والسنتان ، إذا كانت تحاز على وجه الملك ، واللبس ، وبالنسبة للدواب : السنتان ، والثلاث إذا ملكها ، وركبها ، واغتلها ، وأعملها على وجه الملك بعلم صاحبها . وأما ما كان كأوانى النحاس ، وأثاث البيت ، وآلات الزرع ، فإنه يزاد فى حيازته سنة على السنتين[1] .

الأجنبى الشريك :

حيازة الأجنبى مدة عشر سنين نافعة له بالشروط السابقة ، سواء كان الحاضر المنازع له ، المدعى الملكية غير شريك له ، أو كان شريكا له ولو بميراث ، إن هدم وبنى وشريكه حاضر ساكت ، عالم بالتصرف ، ولا مانع له من التكلم إلى آخر الشروط .

ومثل الهدم ، والبناء قطع الشجر ، أو غرسه بدار ، أو أرض وكذلك الاستغلال فى غير الدار ، والأرض مثل كراء الحيوان وأخذ أجرة ذلك ،

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٩٦ .

وأما استغلال الأرض ، والدار بالإجارة ، أو بالسكنى بنفسه أو الزراعة ، فإنه لا يمنع من قيام الشريك بالمطالبة .

وكذلك يقال فى استخدام الدابة ، ولبس الثوب ، فإن ذلك لا يمنع من قيام الشريك بالمطالبة ، وإن منع من قيام الأجنبى غير الشريك ، أما إذا تصرف الشريك الحائز بالبيع ، أو الهبة ، أو الصدقة ، مع وجود الشروط السابقة ، فإن الحائز يمضى فعله ، ولا يشترط طول أمد الحيازة ـ كما مر .

والمراد بما ذكر : من أن هدم الحائز ، والبناء الحاصل منه يمنع قيام الشريك . المراد بذلك الفعل الكثير عرفاً ، وأما البناء القليل ، وغرس شجرة ، ونحوها أو هدم ما يخشى سقوطه ، فلا يمنع قيام شريكه بالمطالبة .

حيازة الأقارب الشركاء :

أما حيازة الأقارب الشركاء بالميراث ، أو بغير الميراث : فإنها لا تكون بالسكنى والازدراع ، وإن طالت السنين . قال مطرف : إلا أن يكون مثل الخمسين سنة ونحوها ، وإن كان بعضهم يغتل الثمار فهو كالسكنى .

وتكون الحيازة بينهم بالتصرف فى العين المحوزة الذى ينشأ عنه تفويت . كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، وإن لم تطل المدة .

واختلف قول ابن القاسم فى حيازة بعضهم على بعض فى الهدم والبنيان فقال مرة : إن العشر سنين حيازة ، وقال مرة : إنها لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمر : كحيازة الابن على أبيه أزيد من أربعين سنة .

حيازة الأقارب غير الشركاء :

حيازة القرابة بعضهم على بعض ، فيما لا شركة بينهم فيه : اختلف قول ابن القاسم فى ذلك . فمرة جعلهم ابن القاسم كالقرابة المشتركين . ورجع

عن قوله : بأن الحيازة تكون بينهم فى العشرة أعوام ، مع الهدم والبنيان — إلى أنه لا حيازة بينهم فى ذلك إلا مع الطول الكثير .

ومرة رآهم بخلاف القرابة المشتركين ، فجعل الحيازة تكون بينهم فى العشرة أعوام ، مع الهدم ، والبنيان ، فيتحصل فيهما جميعا ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العشرة أعوام مع الهدم ، والبنيان حيازة فيهما جميعاً .

والثانى : أنها ليست بحيازة فيهما إلا مع طول المدة .

والثالث : الفرق بينهما ، فتكون حيازة فى غير الشركاء[1] .

وقد رجح صاحب الشرح الكبير الزيادة على أربعين سنة فى الأقارب ، سواء أكانوا شركاء أم غير شركاء[2] ولا فرق بين الوارث ، وغيره كما هو المفتى به ، خلافا لمن قال : الإرث كالوقف ، لا يعتبر فيه الحيازة ، وتسمع فيه البينات ، ولو طال الزمن جدا .

ومثل الهدم ، والبناء ما يقوم مقامهما ، من قطع شجر ، وغرسه بدار أو أرض ، ومحل الخلاف هذا إذا لم يكن بينهم عداوة ، فإن وجدت بينهم كانوا كالأجانب فى أحكام الحيازة .

ولا فرق فى مدة حيازة الوارث على وارث بين الدور ، والأراضى ، والمصانع ، والثياب ، والحيوان ، والعروض ، وإنما يفترق ذلك فى حيازة الأجنبى على الأجنبى ، كما تقدم فى حيازة الأجنبى الحيوان والعروض[3] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٠٠ .
(٢) حاشية الدسوقى ، والشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٣٥ .
(٣) البهجة شرح التحفة وحلى المعاصم جـ ٢ ص ٢٦٢ . تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٩٦ .

حيازة الأصهار والموالى

الأصهار من تزوجت منهم ، أو تزوجوا منك ، والموالى كالعتيق مع معتقه ، أو مع أولاده ، وهؤلاء فيما لا شركة بينهم فيه ، مرة جعلهم ابن القاسم كالأجنبيين ، العشرة أعوام حيازة ، وإن لم يكن هدم ، ولا بناء ، ومرة جعلهم كالقرابة الذين لا شركة بينهم فيتحصل فيهم ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الحيازة تكون بينهم فى العشرة أعوام ، وإن لم يكن هدم ولا بناء .

والثانى : أنها لا تكون بينهم فى العشرة أعوام إلا مع الهدم والبناء .

والثالث : أنها لا تكون بينهم بالهدم ، والبناء إلا أن يطول الزمان جداً قاله ابن القاسم وإليه رجع .

وقال أصبغ : هم كالأجانب إلا من كان منهم مخالطا جدا ، أو وكيلا وقيل : إنه يراعى الحال ؛ فمن علم منه المسامحة ، أو أشكل أمره فالمتنازع فيه حقه ، وإن طالت السنون ، ومن علم منه المشاحة فيكون كالأجنبى . وقد قيل أيضاً : فى الأقارب : إن ذلك فى البلدان التى يعرف من أهلها : أنهم يتسامحون بها لأقاربهم ، وأصهارهم ، ومواليهم ، وإن كانوا بموضع لا يعرف هذا فيه انقطعت الحجة بالنسبة المدعى ، وكانوا كالأجنبيين .

وقال ابن رشد : إنما الاختلاف المذكور إذا جهل حالهم ، على ماذا يحمل أمرهم ؟ فمرة حملهم محمل القرابة ، ومرة حملهم محمل الأجنبيين وهم فى البيع ، وما فى معناه كالأجانب[1] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٠٠ ، ١٠١ مع بعض التصرف .

وفى شرح منظومة ابن عاصم ما يفيد أنه لا فرق فى الحكم بين الأقارب ، والأصهار ، والموالى سواء أكانوا شركاء أم كانوا غير شركاء بالنسبة للحيازة .

ففيه : والأقربون غير الأب ، وابنه من الإخوة ، والأعمام وأبنائهم ، والأخوال وأبنائهم ، وفى معناهم الأصهار . والموالى ، كانوا شركاء أم لا أن حوزهم مختلف بحسب تصرفهم فى الشىء المحوز .

فإن يكن التصرف بمثل سكنى الدار ، والزرع للأرض ، والاعتمار الحوانيت ـ فأمد الحيازة القاطع للحجة فيما بينهم يكون بما يجاوز الأربعين عاما ، إذا لم يكن بينهم تشاجر ، ولا عداوة ، وأما إن كان بينهم تشاجر ، أو عداوة ، أو تشاح ، وعدم مسامحة فهم كالأبعدين يكتفى فيهم بعشر سنين .

أما حوزهم بالهدم لما يحتاج لهدم ، وكذا بالبنيان ، والغرس أو قلعة ، أوأجر الدار ، ونحوها ، وقبض الأجرة باسم نفسه بحضر غيره من الأقارب ففى هذا قولان :

أحدهما : أنها تكون بما يجاوز الأربعين سنة ، ما لم يكن بينهم تشاح والعشرة كافية .

والثانى : أنهم كالأجانب تكفيهم العشر سنين[1] .

وذكر الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير أقوالا لابن القاسم فى الموالى والأصهار :

١ ــ أنهم كالأقارب ، فلا تحصل الحيازة بينهم إلا مع الطول جدا

---

(١) البهجة فى شرح التحفة وشرح الإمام محمد التاودى على منظومة محمد بن محمد ابن عاصم ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

بأن تزيد مدتها على الأربعين سنة ، وسواء كان التصرف بالهدم ، أو البناء ، أو ما يقوم مقام كل منها ، أو كان بالاستغلال بالكراء ، أو الانتفاع بنفسه بسكنى ، أو ازدراع .

٢ — وقيل : إنهم كالأجانب غير الشركاء ، فيكفى فى الحيازة عشر سنين مع التصرف مطلقا — أى سواء كان بالهدم ، أو البناء ، أو ما يقوم مقام كل منهما ، أو بالإجارة ، أو بالاستغلال بنفسه بسكنى ، أو ازدراع .

٣ — وقيل : إنهم كالأجانب الشركاء — أى فيكفى فى الحيازة عشر سنين مع التصرف بالهدم ، أو البناء ، أو ما يقوم مقام كل ، لا باستغلال ، أو بسكنى ، أو ازدراع .

وهذا فى الأصهار الذين لا قرابة بينهم ، أما الأصهار الذين بينهم قرابة فيجرى فيهم ما جرى من الأقارب الذين ليسوا بأصهار[1] .

ومعنى ذلك : أن الموالى ، والأصهار محمولون فى الحكم هنا على الأجانب فيكون حكمهم حكم الأجانب ، أو الأقارب ، فيأخذون حكم الأقارب فى هذا . وقد سبق حكم الأجانب ، والأقارب ، إلى جانب الكلام المباشر على حكم الموالى ، والأصهار ، والموضوع متفرع ، ومتداخل ، والمعصوم من عصمة الله .

حيازة الأب على ابنه والعكس :

الحيازة لاتعتبر بين الأب ، وابنه إذا كان تصرف الحائز منهما بمايفيت الذات المحوزة ، كأن يهب الحائز العين لشخص أو يتصدق بها عليه أو يبيعها له ، أوكان التصرف بالبناء ، أو الهدم ، أو ما ألحق بهما ، وطالت المدة جدا ،

(١) حاشية الدسوقى ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٦ .

كالستين سنة ، والآخر حاضر عالم ساكت طول المدة ، بلا مانع له من التكلم
ويلاحظ أن شرط طول المدة يرجع إلى الهدم والبناء ، وما ألحق بهما ،
فطول المدة زمناً تهلك فيه البينات ، وينقطع العلم .

ولا تكون الحيازة هنـــا بالسكنى ، والازدراع ، قال ابن راشد :
ولا باستخدام . قال ابن القاسم هنا : لا ينتفع بطول الحيازة حتى يأتى ببينة
على ما ادعاه[1] .

وظاهر : أنه إذا علم أن الحائز كان سبب حيازته الإجارة أو الإعارة ،
ونحوها ـ فذلك لا يقطع حجة المدعى ، وإن طالت المدة .

حيازة الأقارب فى العقار وغيره :

لا فرق فى مدة حيازة الوارث على وارثه بين الدور والأراضى والثياب
والحيوان ، والعروض ، وإنما يفترق فى حيازة الأجنبى ، كما سبق ، فلو حاز
الورثة بعضهم على بعض ذلك لم ينقطع حق الورثة ، فى ذلك بطول الزمان ،
إلا أن يطول جداً ، والأربعون سنة ليست بطويلة جداً بين الورثة[2] .

ولعل ذلك ؛ لأن الأقارب يجرى بينهم التسامح فى حيازة الأشياء سواء
أكانت منقولة أو غير منقولة ، ولا يظهر ذلك فى المدة القليلة فلا تدل
الحيازة على الملكية ، بخلاف المدة الطويلة جداً ، فإنه لا تسامح فيها ، فتدل
على ملكية الحائز .

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٩٦ ٩٧ .
(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٩٨ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير ج ٤
ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ .

سؤال الحائز الأجنبي على الأجنبي
من أين صار إليه الملك ؟

قال ابن رشد : يختلف الجواب فى ذلك بحسب اختلاف الوجوه :

١ – فوجه لا يسأل الحائز عما فى يديه . من أين صار إليه ؟

وتبطل دعوى المدعى فيه بكل حال ، فلا توجب يمينا على الحائز المدعى عليه ، إلا أن يدعى عليه أنه أعاره إياه ، فتجب عليه اليمين على ذلك ، وهذا إذا لم يثبت الأصل للمدعى ، ولا أقر له به الحائز ، الذى حازه فى مواجهته العشرة أعوام ، ونحوها . ولو ادعى شخص على الحائز ما فى يده : أنه ماله ، وملكه ، قبل أن تنقضى مدة الحيازة فى مواجهته – لوجبت على الحائز باليمين .

٢ – ووجه يسأل الحائز عما فى يديه ، من أين صار إليه ، ويصدق فى ذلك ، مع يمينه ، ولا يكلف البينة على ذلك ، وهو إذا ثبت الأصل للمدعى ، أو أقر له به الحائز ، وقبل أن تنقضى مدة الحيازة عليه ، فيجب أن يسأل من أين صار إليه ؟ ويكلف البينة على ذلك .

الحائز الوارث :

اختلف : إذا كان الحائز وارثا . فقيل : إنه بمنزلة موارثه الذى ورث ذلك عنه فى مدة الحيازة ، وفى أنه لا ينتفع بها دون أن يدعى الوجه الذى تصير به ذلك إلى مورثه .

وقيل : يكون الوارث فى الحيازة أقصر ، وليس عليه أن يسأل عن شيء ؛ لأنه يقول : ورثت ذلك ، ولا أدرى بما صار ذلك إلى الذى ورثت عنه ،

وهو ظاهر قول ابن القاسم ، وقول ابن الماجشون وذكر صاحب التبصرة : أن الأبين عنده : أنه ليس عليه أن يسأل عن شيء ، وأما المدة فينبغي أن يستوى فيها الوارث ، والمورث . وفى التبصرة أيضاً : أنه تضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة المورث ، مثل : أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ،ومورثه خمسة أعوام،فيكون ذلك حيازة على الحاضر[1] فيتم الوارث مدة حيازة المورث .

مجرد الحيازة لا تنقل الملك إلى الحائز :

قال ابن راشد : الاتفاق على أن مجرد الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز ، ولكنها تدل على الملك ، فيكون القول قول الحائز ، مع يمينه ، إذا حازه بحضرة صاحبه ، وادعاه ملكاً لنفسه بابتياع ، أو هبة أو صدقة ، وقد سبق تفصيل ذلك .

المدعى على الحائز :

لابد للمدعى على الحائز من إثبات موت مورثه ، إن كان يدعى أنه ورث ذلك عنه ، وإثبات ملك مورثه لهذا الشيء ، وإن كان يدعى أنه ملكه فلابد من إثبات ملكه له ، قبل أن يسأل الحائز عن شيء .

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٩٧ ، ٩٨ — طبعة ١٩٥٨ على هامش فتح العلى المالك .

مبحث

فى القضاء بشهادة الوعاء والرباط ، والقرائن فى اللقطة

مما سبق ، ومما يأتى يظهر : أن القاضى قد يحكم بالعلامات أو القرائن الظاهرة ، ومن ذلك القضاء بشهادة العفاص — الوعاء — والوكاء — أى الرباط — وعليه : فاللقطة بضم اللام وفتح القاف « مال معصوم ، عرض للضياع ، وجد فى غامر ، أو عامر بعين مهملة ، ضد الغامر » .

وقد قال المالكية : يجب رد اللقطة بالبينة ، أو بالإخبار بصفتها من نحو عفاصها ، ووكائها ، قال ابن رشد : فإن لم يكن لها وعاء ولا خيط — أى تربط به — فالمعتبر صفتها الخاصة بها .

وفى اعتبار الدنانير ، وسكتها ، ووزن الدراهم ، وسكتها قولان : الاعتبار لابن القاسم ، ونفيه لأصبغ .

وفى إلزامه اليمين مع صفة اللقطة قولان : ألزم أشهب الواصف اليمين ، ولم يلزمه غير أشهب ، وترك الإلزام هو الصواب ؛ لأن اليمين لم ترد فى الحديث ، واستحسن اللخمى : أن يحلف . فإن نكل دفعت إليه ، وقال ابن حبيب : إن نكل عن اليمين فلا شىء له ويجتزىء ببعض الصفات المغلبة على الظن صدق صاحبها ، هذا هو الصحيح ، وقال ابن عبد الحكم : لو أصاب تسعة أعشار الصفة ، وأخطأ العاشر لم يعطها ، إلا فى صورة واحدة ، وهى أن يذكر عدداً فيوجد أقل منه ؛ لأنه قد ينفق ما نقص ، وينسى ، أما الصفات فلا ينساها .

وقال أشهب : إن عرف منها وصفين ، ولم يعرف الثالث دفعت إليه ، وهذا أصح على ما تقدم ؛ لأن فى الحديث الاكتفاء بوصفين وفى المتيطة : إذا عرف وصفين ، أو عرف الوكاء ، ولم يعرف ما سواه فإنه يحلف ، ويأخذها ، فإن نكل لم تدفع إليه ، فإن عاد إلى أن يحلف فأجاز أشهب أن يدفع إليه بوجه واحد ، وهو إذا عرف الوكاء . ولو عرف العفاص وحده فإنه يستأنى بها ؛ فإن جاء أحد ، وإلا دفعت إليه .

ادعاها رجلان :

إن ادعى اللقطة رجلان ، واتفقت صفتهما اقتسماها بعد أيمانهما فإن نكل أحدهما كانت لمن حلف .

قال أشهب : فإن نكلا لم تدفع لهما ، وإن زاد أحدهما صفة قضى له بها مثل : أن يصفا العفاص ، والوكاء ، ويزيد أحدهما العدد، أوالسكة واختلف: إذا اختلف وصفهما : فوصف أحدهما الباطن : العدد والسكة ، والآخر الظاهر : العفاص ، والوكاء . فقيل : من وصف العفاص ، والوكاء أحق للحديث الوارد فى ذلك وهو قوله ﷺ « اعرف عفاصها ووكاءها »[1] قاله أشهب ، وكذلك : لو عرف العفاص وحده فإنه يقضى له مع اليمين على من عرف العدد، والوزن . وقيل يقتسمانها، وقاله أصبغ، قال الشيخ أبوالحسن: وهو أبين .

وإن أخذها رجل بالصفة ، ثم أتى آخر ، فوصف مثل الأول قبل أن يبين بها الأول ـ بفتح الياء ـ ويظهر أمرها قسمت بينهما نصفين .

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٦ ص ٩ ، وله طرق .

قال الشيخ أبو الحسن : وهذا هو الصحيح من القول، وقال ابن أبى زمنين: إذا جاء آخر فعرف مثل ذلك فلا شىء له ، كذلك ذكر بعض الرواة عن ابن القاسم ، وذكر بعض الرواة عن أشهب: أنه إذا أقام الثانى بينة له أخذها من الذى قبضها ، إلا أن يقيم هو أيضاً بينة ، وتتكافأ البينتان ، ولم تؤرخ ، فتبقى للأول ، ولو أرخت البينتان لقضى بأولها تاريخاً .

وقال سحنون: إذا وصف سكة الدنانير لم تعط له بذلك حتى يذكر علامة ، وقال يحيى بن عمر يأخذها بذلك — يريد إذا كانت دنانير البلد سككا مختلفة ، فإن كانت سكة واحدة لم تدفع إليه قولا واحداً[1] عند الحنفية : إذا جاء إنسان وقال : إن هذه اللقطة لى ، وسمى عفاصها ، وعددها ، ووكاءها لا يستحقها به وإن أصاب ؛ لقوله ﷺ « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

ولأن الأسماء ، والأوصاف تتشابه ، فلا يستحقها بذلك . وفى الهداية وفتح القدير للكمال بن الهمام : إذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة ، فإن أعطى علامتها حل الملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك فى القضاء ، وإنما يحل له الدفع عند إصابة المدعى العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام : « فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها ، ووكاءها ، وعددها فأعطه إياها ، وهذا الأمر للإباحة جمعاً بينه ، وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم :

« البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر »[2] وعلى هذا يكون الجبر

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٠٤ ، ١٠٥ والخرشى ج٧ ص ١٢٢ وما قبلها.

(٢) معين الحكام ص ١٣٢ ، ١٣٣ والهداية وفتح القدير والعناية ج ٤ ص ٣٥٧ .

على إعطاء اللقطة يكون بإقامة المدعى البينة عملا بهذا الحديث أما إباحة الدفع فتكون بناء على بيان الوصف ، كما ورد فى حديث اللقطة وتكون العبارة السابقة عند الحنفية ونصها « وسمى عفاصها ، وعددها ووكاءها لا يستحقها به » أى لا يجبر على الدفع بذلك ؛ لأنه لو استحقها بذلك لأجبر على الدفع له .

عند الشافعية : إذا ادعاها رجل ، ولم يصفها ، ولا بينة له بها لم تدفع له — أى لم يجز أن تدفع إليه،مالم يعلم أنها له ؛ لخبر « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه .

ويكفى فى البينة عند الشافعية شاهد ويمين ، وإن وصفها وصفاً أحاط بجميع صفاتها ، وظن الملتقط صدقه جاز الدفع إليه قطعاً ؛ عملا بظنه ، بل يسن هذا ، إن اتحد الواصف ، وإن لم يتحد الواصف بأن ادعاها أكثر من واحد لنفسه ، ووصفها — لم تسلم لأحد ، إلا بحجة ، كبينة سليمة من المعارض،ولا يجب الدفع بالوصف على المذهب عند الشافعية ؛لأن الواصف لها مدع ، فيحتاج للبينة ، والواصف أيضاً : متهم باحتمال سماعه لوصفها من مالكها ، ونحوه .

أما إذا لم يظن صدق الواصف فلا يجوز الدفع له[1] .

وعند الحنابلة : وجوب دفع اللقطة إلى واصفها ، قال أحمد — فى رواية حرب — إذا جاء صاحبها ، فعرف الوكاء ، والعفاص فإنها ترد إليه[2] ؛

(١) تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٣٣٩ .

(٢) الطرق الحكمية ص ٣١٣ .

لأن النبي ﷺ أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها وأمره أن يعرف عفاصها، ووعاءها، ووكاءها كذلك، فجعل وصفه لها قائماً مقام البينة، بل وبما يكون وصفه لها أظهر، وأصدق من البينة[1].

الدليل على العمل بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات :

الدليل على ذلك من الكتاب، والسنة، وعمل سلف الأمة :

أما الدليل من القرآن الكريم : فقوله جل جلاله « تعرفهم بسيماهم » والسيما المراد بها حال تظهر على الشخص يستدل بها على شيء ما حتى لو رأينا ميتا فى دار الإسلام، وعليه زنار، وهو غير مختون فإنه لا يدفن فى مقابر المسلمين، ويقدم ذلك على العمل بحكم الدار فى قول أكثر العلماء.

وأيضاً : قوله تعالى « وجاءوا على قميصه بدم كذب ».

روى أن إخوة يوسف لما أتوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب تأمله، فلم ير فيه خرقا، ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم وقال لهم : متى كان الذئب حليما يأكل يوسف، ولا يخرق قميصه قال القرطبي فى تفسير القرآن العظيم : قال علماؤنا : لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم قرن الله تعالى بهذه العلامة علامة تعارضها، وهى سلامة القميص من التمزق. إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف، وهو لابس القميص، ويسلم القميص، فقد استدل يعقوب على كذبهم بصحة القميص.[2] فاستدل الفقهاء بهذه الآية على إعمال الأمارات فى مسائل كثيرة من الفقه وأيضاً : قال تعالى « وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين » وإن

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣١٣.

(٢) القرطبى ج ٩ ص ١٤٩.

كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين * فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم » .

قال ابن الفرس : هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات ، فيما لا تحضره البينات . فإن قيل : إن تلك فى شريعة من قبلنا . فالجواب : أن كل ما أنزله الله علينا فإنما أنزله لفائدة فيه ، ومنفعة ، وقد قال الله تعالى : « أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده »[1] .

وأما الدليل من السنة :

فمنها : أنه ﷺ أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها ، وجعل وصفه لعفاصها ، ووكائها قائماً مقام البينة .

ومنها : ابنا عفراء تداعيا قتل أبى جهل يوم بدر . فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل مسحتما سيفيكما ؟ قالا : لا . فقال ﷺ : أرياني سيفيكما ، فلما نظر فيهما قال لأحدهما : هذا قتله ، وحكم له بسلبه .

ومنها : أنه ﷺ فعل بالعرنيين ما فعل بناء على شاهد الحال ، ولم يطلب بينة بما فعلوا ، ولا وقف الأمر على إقرارهم .

ومنها : ما رواه ابن ماجه ، وغيره عن جابر بن عبد الله قال : « أردت السفر إلى خيبر ، فقال لى رسول الله ﷺ : إذا جئت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإذا طلب منك آية ، فضع يدك على ترقوته »[2] « فأقام العلامة مقام الشهادة » .

ومنها : قوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى

(١) سورة الأنعام الآية : ٩٠ .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٨٩٤ ـ رواه أبو داود وصححه .

نفسها وإذنها صماتها ، لجعل صماتها قرينة على الرضا وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت ، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن .

وأما عمل الصحابة رضوان الله عليهم : فقد حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وابن مسعود ، وعثمان رضى الله تعالى عنهم – بوجوب الحد على من وجد فيه رائحة الخمر ، أو قاءها ، اعتماداً على القرينة الظاهرة ، وهو مذهب مالك رحمه الله تعالى .

عمل الفقهاء من المذاهب الأربعة

بالحكم بالقرائن والأمارات

على الناظر فى المسائل ليقضى فيها أن يلاحظ الأمارات ، والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح ، ومن العمل بذلك ما يأتى :

١ – الفقهاء يقولون : بجواز وطء المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال : أن هذه فلانة بنت فلان ، التى عقدت عليها ، وإن لم يستنطق النساء : أن هذه امرأته ، اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة .

٢ – أن الناس قديماً ، وحديثاً لم يزالوا يعتمدون على الصبيان والإماء المرسل معهم الهدايا فى أنها مرسلة إليهم ، فيقبلون أقوالهم ويأكلون الطعام المرسلون به .

٣ – إنهم يعتبرون إذن الصبيان فى الدخول إلى المنزل .

٤ – أن الضيف يشرب من كوز صاحب البيت ، ويتكىء على وسادته ويقضى حاجته فى دورة مياهه ، من غير استئذان ، ولا يعد فى ذلك متصرفاً فى ملكه بغير إذنه .

٥ — جواز أخذ ما يسقط من الإنسان ، إذا لم يعرف صاحبه ، مما لا يضن به الإنسان ، ولا تتبعه نفسه : كالتمرة ، والعصا التافهة الثمن ، ونحو ذلك .

٦ — جواز أخذ ما يبقى فى الحوائط — أى بداخلها — من الثمار ، والحب بعد انتقال أهله عنه ، وتخليته ، وتسييبه .

٧ — جواز أخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد ، مما لا يعتنى صاحب الزرع بلقطه .

٨ — أن صاحب المنزل إذا قدم الطعام للضيف جاز له الإقدام على الأكل منه ، وإن لم يأذن لفظاً ، إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له خاصة ، وليس ثم غائب ينتظر حضوره ، اعتباراً بدلالة الحال الجارية مجرى القطع بالإذن بالأكل .

٩ — أنه ﷺ جوز المار بثمر الغير أن يأكل من ثمره ، ولا يحمل منه شيئاً ، وحمل ذلك بعضهم على غير المحوط ، وما ليس له حارس .

١٠ — الشرب من المصانع ، والمبردات الموضوعة على الطرقات وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها فى ذلك لفظاً ، اعتماداً على دلالة الحال ، لكن لا يتوضأ منها ؛ لأن العرف لا يقتضيه ، إلا أن يكون هناك شاهد حال ، يقتضى ذلك ، فلا بأس بالوضوء حينئذ .

١١ — ما يوجد فى باطن الأرض ، إن كان عليه علامة المسلمين ككلمة الشهادة سمى كنزاً ، وهو كاللقطة ، وقد مر حكمها ، وإن كان عليه شكل الصليب ، أو الصور ، أو اسم ملك من ملوك الروم فهو ركاز ، وإن وجد ركاز كان حكمه وجوب الخمس فيه .

١٢ — إذا استأجر دابة جاز له ضربها إذا قصرت فى السير وإن لم يستأذن مالكها ، وكذا ركوبها بالمهاميز جائز .

١٣ — جواز إذن المستأجر للدار لأضيافه ، وأصحابه فى الدخول ، والمبيت ، وإن لم يتضمن ذلك عقد الإجارة .

١٤ — جواز غسل المستأجر الثوب المستأجر ، إذا اتسخ ، وإن لم يستأذن المؤجر فى ذلك .

١٥ — إذا وجدنا هدياً مشعراً - أى عليه شعار أنه أهدى إلى الحرم من النعم - بفتح النون - تقرباً إلى الله تعالى ، فهذا الهدى المذبوح يجوز الأكل منه ، اعتماداً على القرينة الظاهرة .

١٦ — لو اشترى طعاماً ، أو حباً ، أو غيره موجوداً فى دار رجل فله أن يدخل داره من الدواب ، وعربات النقل ، والرجال ما ينقل ذلك ، وإن لم يأذن له المالك .

١٧ — القضاء بالنكول واعتباره فى الأحكام ، وليس ذلك إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة .

١٨ — ذكر الحنفية : أنه إذا تنازع الزوجان فى متاع البيت ، فإن للرجل ما يعرف للرجال ، وللمرأة ما يعرف للنساء .

١٩ — معرفة رضا البكر بالزواج بصماتها ، اعتماداً على القرينة الشاهدة بذلك .

٢٠ — إذا دخل الرجل بامرأته ، وأرخى الستر عليها ثم طلق ، وقال : لم أمسها ، وقالت : قد وطئنى ، صدقت وكان عليه الصداق كاملا .

٢١ — إذا وجد فى تركة أبيه بخط أبيه : أن له عند زيد كذا جاز له

الدعوى بذلك، اعتماداً منه على صحة ما يكتبه أبوه، لما يعلمه من صدقه، وتثبته فيما يكتبه.

٢٢ - إذا صاد ظبيا فى أذنيه قرطان، أو فى عنقه سلك جوهر فليس لواجده فيه شىء، وعليه أن يعرفه كاللقطة؛ لأن ذلك قرينة على أنه مملوك لغيره.

٢٣ - لو اشترى سمكة، فوجد فى بطنها جوهرة مثقوبة فعليه تعريفها بحثاً عن صاحبها، وإن كانت غير مثقوبة مما يعلم أن الملاك لم تتداولها - فهى للمشترى، وهذا يفهم مما ورد فى المحيط عن النوادر : لو اشترى صدفة أو سمكة فوجد فيها لؤلؤة فهى للمشترى؛ لأنها تتولد من الصدف فصارت كالبيضة فى بطن الدجاجة، والسمك يأكل ما فى البحر، فصارت تبعاً له، كما لو وجد سمكة فى بطن سمكة. ولو اشترى دجاجة، فوجد فى بطنها لؤلؤة فهى للبائع : لأنها لا تتولد من الدجاجة، بل ابتلعتها، وهى فى ملك الغير[1].

٢٤ - إذا تنازع شخصان جداراً حكم به لمن كان له وجه الجدار، ومعاقد الأربطة، والطاقات، والجذوع، والأخشاب وذلك حكم بالأمارات.

٢٥ - النظر فى أمر الخنثى، والاعتماد فيه على الأمارات والعلامات، والقرائن الدالة على إحدى حالتيه.

٢٦ - دعوى المرأة الاستكراه فى الزنى، وهى متعلقة بالمدعى عليه، أو بها أثر، أو أمارة كالصياح، وشبه ذلك فإن ذلك قرينة يدرأ عنها الحد لأجلها.

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ص ١٦٦، ١٦٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١٦، ١١٧.

٢٧ ـ إقرار المريض لوارثه ، أو صديق ملاطف لا يقبل ؛ لقيام قرينة التهمة فى قصده نفعهم .

٢٨ ـ بيع المضغوط عليه ، وإقراره لا يجوز ؛ لقيام قرينة الإكراه على البيع ، أو الإقرار .

٢٩ ـ إنعقاد البيع بإعطاء الثمن واستلام المبيع ، ويسمى ذلك ببيع المعاطاة ، ينعقد البيع هذا من غير لفظ ، إكتفاء بالقرائن ، والأمارات ، وممن قال بذلك المالكية .

٣٠ ـ ذكر : أن مالكا ، وأصحابه رحمهم الله منعوا سماع الدعوى التى لا تشبه الصدق عرفا ، بل العرف يدل على كذبها ، كدعوى رجل لدار بيد حائز يتصرف بالهدم ، والعمارة مدة طويلة ، نحو عشر سنين ، والمدعى شاهد ساكت ، ولا يوجد مانع ، من خوف ولا قرابة ، ولا صهر ، فإن ذلك قرينة دالة على كذب الدعوى .

وكذلك : لو ادعى رجل على رجل : أنه سرق متاعه ، والمدعى عليه ممن لا يتهم ـ فإن المدعى لا تسمع دعواه ؛ لقيام شاهد الحال على كذبه ، وقصده الأذى ، ويؤدب المدعى بسبب هذا الادعاء ، على خلاف فى ذلك .

٣١ ـ وذكر عند المالكية : إذا رأينا رجلا مذبوحاً فى دار والدم يجرى ، وليس فى الدار أحد ، ورأينا رجلا قد خرج من عنده ، وفى حالة منكرة ـ علمنا : أنه الذى قتله ، وكان ذلك لوثا ، يوجب القسامة ، والقصاص ؛ للقرينة الظاهرة وقد مر ذلك .

٣٢ ـ يقبل قول الوصى فيما ينفقه على اليتيم ، إذا ادعى مايقتضيه العرف ، فإذا ادعى أكثر من ذلك لم يقبل قوله ، وهكذا سائر من قلنا : القول قوله .

إنما يقبل قوله إذا لم يكذبه شاهد الحال . فإن كذبه لم يقبل قوله ، ولهذا يكذب المودع ـ بفتح الدال المهملة ـ والمستأجر ، إذا ادعيا : أن الوديعة ، أو العين المستأجرة هلكت فى الحريق ، أو تحت الهدم . ولا يقبل قولهم إلا إذا حدث تحقق من وجود هذه الأسباب ، فأما إذا علم انتفاؤها ، فإننا نجزم بكذبهم ،ولا يقبل قولهم ، ومن هذا : أن القول قول الزوج فى النفقة على زوجته ، إذا ادعت عليه عدم الإنفاق ، وعدم الكسوة إذا قامت قرينة ، أو دل الظاهر على صدق الزوج ، وكون الأصل معها وهو عدم الإنفاق عليها ـ لا ينفعها ، وذلك مثل : قبول قول الأمناء ، إلا حيث يكذبهم الظاهر ، فلا يقبل قولهم[1] .

الشريعة لا ترد حقاً ولا تبطل أمارة صحيحة :

والمقصود : أن الشريعة الإسلامية ، شريعة الله ـ لا ترد حقاً ، ولا تبطل أمارة صحيحة .

وقد أمر الله سبحانه ، وتعالى بالتثبت ،والتبين فى خبر الفاسق ، ولم يأمر برده جملة ، فإن الكافر ، الفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق ، فيجب قبوله ، والعمل به وقد استأجر النبى ﷺ فى سفر الهجرة دليلا مشركا ، على دين قومه ، فأمنه ، ودفع إليه راحلته فلا يجوز لحاكم،ولا لوال رد الحق بعد ما تبين ، وظهرت أماراته .

المقصود بالبينة :

والمقصود بالبينة : أن البينة فى الشرع : اسم لما يبين الحق ، ويظهره ، وهى تارة تكون أربعة شهود ، وتارة تكون ثلاثة شهود بالنص فى بينة

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٠ .

المفلس ، وتارة تكون شاهدين ، وتارة تكون شاهداً واحداً ، وامرأة واحدة ، وتارة تكون نكولا ، وتارة تكون نكولا ويميناً ، وتارة تكون خمسين يميناً ، وتارة تكون أربعة أيمان ، كما في اللعان بين الرجل وزوجته ، وتارة تكون شاهد الحال ، كما في الصور التي مرت .

فقوله ﷺ : « البينة على المدعى » أى عليه أن يظهر دعواه ، وما يبين صحة دعواه : فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له[1] .

تحكيم القرائن غير مطرد :

فقد ذكر الحنفية : « أن تحكيم القرائن غير مطرد : ألا ترى : لو أن مغربياً تزوج بمشرقية ، وبينهما أكثر من ستة أشهر ، فجاءت بولد لستة أشهر - ثبت نسبه منه ؛ لحديث الولد للفراش ، مع أن تصور الاجتماع بينهما بعيد جداً ، لكنه ممكن »[2] .

والمعنى : أنه لو تزوج رجل موجود بالمغرب امرأة موجودة بالمشرق ، بينهما مسيرة أكثر من ستة أشهر ، ثم جاءت بولد لستة أشهر من وقت الزواج وهذه الستة أشهر هى أقل مدة الحمل - فإن نسب هذا الولد يثبت من هذا الرجل ؛ نظراً لأن الالتقاء بينهما ممكن ؛ وإن كان ذلك نادراً ، لأن النسب مما يتوسع فى إثباته ، ما وجد إلى ذلك سبيل ؛ نظرا لمصلحة الصبى ، صيانة له من الإهمال ، أو الضياع .

وهذا محمول على ما إذا لم ينف الرجل نسب هذا الطفل ، أما إذا نفاه ،

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٣ ، ٢٤ .

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٦ .

قله ذلك ، ويلاعن - كما مر - وهذه المسألة لا تعتبر غريبة الآن ؛ نظرا لتقدم وسائل المواصلات تقدماً كبيرا ، فإنه يمكن للرجل ، أو للمرأة الوصول لزوجها فى ظرف ساعات عن طريق الطائرات ، وسفن الفضاء ، ولو كان أحدهما فى المشرق والآخر بالمغرب .

وكذا : لو شهد شاهدان بخلاف ما قامت عليه القرينة فالمعتبر هو الشهادة ، ما لم يكذبها الحس . كما لو شهد شاهدان بأن زيدا قتل عمرا ، ثم جاء عمر حياً .

مبحث

فى القضاء بالفراسة

الفراسة - بكسر الفاء - الاسم ، من قولك تفرست فيه خيراً ، وهو يتفرس . أى يتثبت ، وينظر ، وتقول منه : رجل فارس النظر [1] .

وهذه مسألة كبيرة ،عظيمة النفع،جليلة القدر إن أهملها الحاكم ، أوالوالى أضاع حقا كثيرا ، وأقام باطلا كثيرا ، وإن توسع فيها ، وجعل معلوله عليها دون الأوضاع الشرعية - وقع فى أنواع من الظلم . والفساد . وقد سئل أبو الوفاء ابن عقيل عن هذه المسألة فقال : ليس ذلك حكما بالفراسة . بل هو حكم بالأمارات ، وإذا تأملتم الشرع وجدتموه يجوز التعويل على ذلك . ودليل ذلك .

أولا : القرآن الكريم :

إن الله سبحانه وتعالى مدح الفراسة ، وأهلها فى مواضع من كتابه . فقال تعالى : « إن فى ذلك لآيات للمتوسمين »[2] وهم المتفرسون الآخذون بالسيما وهى العلامة . يقال : تفرست فيك كيت ، وكيت ، وتوسمته وقال الله تعالى : « ولو نشاء لأريناكم فلعرفتهم بسيماهم »[3]. وقال تعالى : « يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم » .

---

(١) المختار من صحاح اللغة ص ٣٩١ .

(٢) سورة الحجر الآية : ٧٥ .

(٣) سورة محمد الآية : ٣٠ .

ثانياً : السنة الشريفة :

وفي جامع الترمذي مرفوعا: «اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله»[1].

ثالثاً : ما ورد في شريعة ما قبلنا :

قول سليمان نبي الله عليه السلام للمرأتين اللتين ادعتا الولد، وتنازعتا فيه : « ايتوني بالسكين أشقه بينكما ، فسمحت الكبرى بذلك ، فقالت الصغرى : « لا تفعل يرحمك الله ، هو ابنها ، فقضى به للصغرى .

فأي شيء أحسن من اعتبار هذه القرينة الظاهرة .

فاستدل برضا الكبرى بذلك .. وبشفقة الصغرى عليه وامتناعها من الرضا بذلك : على أنها أمه ، وأن الحامل لها على الامتناع هو ما قام بقلبها من الرحمة ، والشفقة ، التي وضعها الله تعالى في قلب الأم ، وقويت هذه القرينة عنده حتى قدمها على إقرارها ، فإنه حكم به لها مع قولها « هو ابنها » وهذا هو الحق .

فإن الإقرار إذا كان لعلة أطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه . ولهذا يلغى إقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه ؛ لانعقاد سبب التهمة ، واعتمادا على قرينة الحال في قصده تخصيصه بهذا المال .

والفراسة الصادقة ناشئة عن وجود القريحة ، وحدة النظر ، وصفاء الفكر .

---

(١) الطرق الحكمية ص ١٧ ، أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٤٦٢ .

رابعاً : عمل السلف بالفراسة ومنها ما يأتى :

من فراسة أبى بكر : قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « أفرس الناس ثلاثة ، امرأة فرعون فى موسى ، حيث قالت : « قرة عين لى ولك لا تقتلوه عسى أن ينفعنا أو نتخذه ولدا »[1] .

وصاحب يوسف ، حيث قال لامرأته : « أكرمى مثواه عسى أن ينفعنا أو نتخذه ولدا »[2] .

وأبو بكر الصديق فى عمر ، رضى الله عنهما ، حيث جعله الخليفة بعده .

من فراسة عمر رضى الله عنه : منها موافقة رأى عمر القرآن الكريم بإلهام الله له ذلك .

فمن فراسة عمر ، التى تفرد بها عن الأمة أنه قال : « يا رسول الله ، لو اتخذت من مقام إبراهيم مصلى ؟ » .

ونزل القرآن الكريم بذلك على رسول الله ﷺ[3] وقال: « يارسول الله ، لو أمرت نساءك أن يحتجبن ؟ » .

ونزلت آية الحجاب على محمد ﷺ .

واجتمع على رسول الله ﷺ نساؤه ، فى الغيرة فقال لهن عمر : « عسى ربه إن طلقكن أن يبدله أزواجاً خيراً منكن » ونزلت الآية الكريمة على المصطفى صلى الله تعالى عليه وسلم .

---

(١) سورة القصص الآية : ٩ .

(٢) سورة يوسف الآية من ٢١ .

(٣) تفسير الجصاص جـ ١ ص ٧٥ .

وشاوره رسول الله ﷺ فى أسارى غزوة بدر ، فأشار بقتلهم ، ونزل القرآن الكريم بذلك على محمد ﷺ .

من فراسة عثمان رضى الله تعالى عنه : دخل رجل على عثمان ، رضى الله تعالى عنه ، فقال : « يدخل على أحدكم ، والزنى فى عينيه ، فقال الرجل : أوحى بعد رسول الله ﷺ ؟ فقال : لا ، ولكن فراسة صادقة » .

ومن هذه الفراسة : أنه رضى الله عنه لما تفرس أنه مقتول - ولا بد - أمسك عن القتال والدفع عن نفسه ؛ لئلا يجرى بين المسلمين قتال وآخر الأمر يقتل ، فأحب أن يقتل من غير قتال بين المسلمين .

من فراسة على رضى الله عنه : قال جعفر بن محمد : أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بامرأة ، وقد تعلقت بشاب ، وكانت تهواه ، فلما لم يساعدها احتالت عليه ، فأخذت بيضة ، فألقت صفرتها ، وصبت البياض على ثوبها ، وبين فخذيها ، ثم جاءت إلى عمر صارخة فقالت : هذا الرجل غلبنى على نفسى وفضحنى فى أهلى وهذا أثر فعاله .

فسأل عمر النساء فقلن له : إن ببدنها وثوبها أثر المنى فهم بعقوبة الشاب فجعل يستغيث ، ويقول : يا أمير المؤمنين ، تثبت فى أمرى ، فوالله ما أتيت فاحشة ، وما هممت بها ، فلقد راودتنى عن نفسى فاعتصمت .

فقال عمـــر : يا أبا الحسن ، ما ترى فى أمرهما ؟ فنظر على إلى ما على الثوب ، ثم دعا بماء حار ، شديد الغليان فصب على الثوب فجمد ذلك البياض ، ثم أخذه ، واشتمه وذاقه ، فعرف طعم البيض ، وزجر المرأة فاعترفت[1] .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٧٠ ، ٧١ .

ويشبه هذا ما ذكره الخرقي، وغيره عن أحمد: أن المرأة إذا ادعت أن زوجها عنين، وأنكر، وهي ثيب، فإنه يترك معها في بيت، ويقال له: أخرج ماءك، ويوضع في شيء. فإن ادعت المرأة: أنه ليس بمني جعل على النار، فإن ذاب فهو مني، وبطل قولها، وهذا مذهب عطاء بن أبي رباح وهذا حكم بالأمارات الظاهرة، فإن المني إذا جعل على النار ذاب، وإن كان بياض بيض تجمع ويبس، فإن قال الرجل: أنا أعجز عن إخراج مائي صح قولها.

ومن فراسة علي أيضاً: قال الأصبغ بن نباتة: إن شاباً شكا إلى علي رضي الله عنه ـ نفراً، فقال: إن هؤلاء خرجوا مع أبي في سفر، فعادوا ولم يعد أبي، فسألتهم عنه فقالوا: مات، فسألتهم عن ماله، فقالوا: ما ترك شيئاً، وكان معه مال كثير، وترافعوا إلى شريح، فاستحلفهم، وخلى سبيلهم.

فدعا علي بالشرط ـ جمع شرطي ـ فوكل بكل رجل رجلين، وأوصاهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنو من بعض، ولا يدعوا أحداً يكلمهم ودعا كاتبه، ودعا أحدهم فقال: أخبرني عن أبي هذا الفتى، في أي يوم خرج معكم؟ وفي أي منزل نزلتم؟ وكيف كان سيركم؟ وبأي علة مات؟ وكيف أصيب بماله؟ وسأله عمن غسله، ودفنه، ومن تولى الصلاة عليه؟ وأين دفن؟ ونحو ذلك، والكاتب يكتب، ثم كبر علي فكبر الحاضرون، والمتهمون لا علم لهم، إلا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم.

ثم دعا آخر، بعد أن غيب الأول عن مجلسه، فسأله كما سأل صاحبه، ثم دعا الآخر كذلك، حتى عرف ما عند الجميع. فوجد كل واحد منهم يخبر

بعد ما أخبر به صاحبه ، ثم أمر برد الأول ، فقال : يا عدو الله ، قد عرفت غدرك ، وكذبك بما سمعت من أصحابك ، وما ينجيك من العقوبة إلا الصدق ثم أمر به إلى السجن ، وكبر وكبر معه الحاضرون .

فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم أقر عليهم فدعا آخر منهم فهدده ، فقال : يا أمير المؤمنين ، والله لقد كنت كارهاً لما صنعوا ، ثم دعا الجميع ، فأقروا بالقصة واستدعى الذى فى السجن ، وقيل له : قد أقر أصحابك ، ولا ينجيك سوى الصدق ، فأقر بمثل ما أقر به القوم ، فأغرمهم المال ، وقاد منهم بالقتيل[1] .

تفريق الشهود :

يقول ابن القيم فى هذا المجال : ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة ، والأمارات فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ، ولا إقرار .

كما يقول أيضاً : وقد صرح الفقهاء كلهم : بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرقهم ، وسألهم : كيف تحملوا الشهادة ؟ وأين تحملوها ؟ وذلك واجب عليه ، متى عدل عنه أثم ، وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق ، وأين كان ؟ ونظر فى الحال : هل يقتضى صحة ذلك ؟

وكذلك : إذا ارتاب بمن القول قوله : كالأمين . والمدعى عليه وجب عليه أن يستكشف الحال ، ويسأل عن القرائن التى تدل على صورة الحال ،

---

(١) الطرق الحكمية ص ٧١ ، ٧٢ ، معين الحكام ص ١٧٣ .

وقل حاكم ، أو وال احتنى بذلك وصار له فيه ملكة إلا وعرف الحق من الباطل ، وأوصل الحقوق إلى أهلها[١] .

فراسة كعب بن سور :

ذكر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتته امرأة فشكرت عنده زوجها، وقالت : « هو من خير أهل الدنيا ؛ يقوم الليل حتى الصباح ، ويصوم النهار حتى يمسى ، ثم أدركها الحياء ، فقال لها عمر : « جزاك الله خيراً ، فقد أحسنت الثناء . فلما ولت قال كعب بن سور : يا أمير المؤمنين لقد أبلغت فى الشكوى إليك ، فقال : وما اشتكت ؟ قال : زوجها . قال عمر : على بهما ، فقال لكعب : اقض بينهما قال : أقضى ، وأنت شاهد ؟ قال : إنك قد فطنت إلى ما لم أفطن له . قال : إن الله تعالى يقول :

« فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، صم ثلاثة أيام ، وأفطر عندها يوماً ، وقم ثلاث ليال ، وبت عندها ليلة ، فقال عمر رضى الله عنه : هذا أعجب إلى من الأول ، فبعثه قاضياً لأهل البصرة . فكان يقع له فى الحكم من الفراسة أمور عجيبة[٢] .

من فراسة إياس : استودع رجل لغيره مالا ، فجحده ، فرفعه إلى إياس فسأله ، فأنكر ، فقال للمدعى : أين دفعت إليه ؟ . فقال : فى البرية ، فقال : وماكان هناك ، قال : شجرة ، قال : اذهب إليها ، فلعلك دفنت المال عندها ، ونسيت ، فتذكر إذا رأيت الشجرة ، فمضى ، وقال للخصم : اجلس حتى يرجع

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٤ ، ٣٥ .

(٢) الطرق الحكمية ص ٣٥ .

صاحبك ، وإياس يقضي ، وينظر إليه ساعة بعد ساعة ثم قال له : يا هذا ، أترى صاحبك قد بلغ مكان الشجرة ؟ قال : لا ، قال إياس : يا عدو الله إنك خائن ، قال : أقلني ، قال : لا أقالك الله . وأمر أن يحتفظ به حتى جاء الرجل ، فقال له إياس : اذهب معه فخذ حقك .

فراسة خزيمة بن ثابت : من الفراسة الصادقة : فراسة خزيمة بن ثابت حين قدم ، وشهد على عقد التبايع بين الأعرابي ، ورسول الله ﷺ ، ولم يكن حاضر البيع تصديقاً لرسول الله ﷺ في جميع ما يخبر به[1] .

وقد ورد أن رسول الله ﷺ قال لخزيمة « من أين علمت ، قال « تجيئنا بالوحي من السماء فنصدقك » وأخرجه أبو محمد البخاري .

فراسة المغيرة بن شعبة : استعمل عمر رضي الله عنه المغيرة بن شعبة على البحرين ، فكرهه أهلها ، فعزله عمر عنهم ، فخافوا أن يرده عليهم .

فقال دهقانهم : إن فعلتم ما آمركم به لم يرده علينا : قالوا : مرنا بأمرك ، قال : تجمعون مائة ألف درهم حتى أذهب بها إلى عمر ، وأقول : إن المغيرة اختان هذا ، ودفعه إلي . فجمعوا ذلك . فأتى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين : إن المغيرة اختان هذا ، فدفعه إلي فدعا عمر رضي الله تعالى عنه المغيرة ، فقال : ما يقول هذا ؟ قال كذب ، أصلحك الله ، إنما كانت مائتي ألف .

فقال عمر رضي الله عنه ما حملك على هذا ؟ قال : العيال والحاجة .

فقال عمر رضي الله عنه للدهقان : ما تقول ؟ فقال : لا والله لأصدقنك ، والله ما دفع إلي قليلا ، ولا كثيرا ولكن كرهناه ، وخشينا أن ترده علينا .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٥٣ .

وجامع المسانيد لأبي حنيفة جـ ٢ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

فقال عمر رضى الله عنه للمغيرة : ما حملك على هذا ؟ قال : إن الخبيث كذب على ، فأردت أن أخزيه[1] .

فراسة المنصور : من دقيق الفراسة : أن المنصور جاءه رجل فأخبره : أنه خرج فى تجارة ، فكسب مالا ، فدفعه إلى امرأته ، ثم طلبه منها . فذكرت : أنه سرق من البيت ولم ير نقبا ، ولا أمارة .

فقال المنصور : منذ كم تزوجتها ؟ قال : منذ سنة ، قال المنصور : بكرا ، أو ثيبا ؟ قال الرجل : ثيبا ، قال : فلها ولد من غيرك ؟ قال : لا ، قال : فدعا له المنصور بقارورة طيب ، كان يستعمله المنصور ، حار الرائحة وغريب النوع ، فدفعها إليه ، وقال له : تطيب من هذا الطيب ، فإنه يذهب غمك ، فلما خرج الرجل من عنده قال المنصور لأربعة من ثقاته : ليقف على كل باب من أبواب المدينة واحد منكم ، فمن شم منكم رائحة هذا الطيب من أحد فليأت به ، وخرج الرجل بالطيب ، فدفعه إلى امرأته فلما شمته بعثت منه إلى رجل كانت تحبه ، وقد كانت دفعت إليه المال ، فتطيب الرجل منه ، ومر مجتازا ببعض أبواب المدينة ، فشم الموكل بالباب رائحة الطيب عليه فأتى به المنصور ، فسأله : من أين لك هذا الطيب ؟ فلجلج الرجل فى كلامه ، فدفعه إلى والى الشرطة ، فقال : إن أحضر لك كذا ، وكذا من المال فخل عنه ، وإلا اضربه ألف سوط ، فلما جرد للضرب أحضر المال على هيئته ، فدعا المنصور صاحب المال ، فقال له : أرأيت إن رددت عليك المال تحكمنى فى امرأتك ؟ قال : نعم : قال : هذا مالك ، وقد طلقت المرأة منك[2] .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٥٣ ، ٥٤ .

(٢) المرجع السابق .

فراسة المعتضد : كان للمعتضد من ذلك عجائب منها :

أنه رفع إليه : أن صياداً ألقى شبكة فى دجلة ، فوقع فيها جراب ، فيه كف مخضوبة بحناء ، وأحضر بين يديه فهاله ذلك .

وأمر الصياد : أن يعاود طرح الشبكة هنالك ففعل ، فأخرج جرابا آخر فيه رجل ، فاغتم المعتضد ، وقال : معى فى البلد من يفعل هذا ، ولا أعرفه ثم أحضر ثقة له ، وأعطاه الجراب ، وقال : طف به على كل من يعمل الجرب ببغداد ، فإن عرفه أحد منهم فاسأله عمن باعه له ، فإذا دلك عليه فاسأل المشترى عن ذلك ، ونقر عن خبره .

فغاب الرجل ثلاثة أيام ، ثم عاد ، فقال : ما زلت أسأل عن خبره ، حتى انتهى إلى فلان ـ اشتراه مع عشرة جرب وشكا البائع شره ، وفساده ، ومن جملة ما قال : أنه كان يعشق فلانة المغنية ، وأنه غيبها ، فلا يعرف لها خبر ، وادعى : أنها هربت ، والجيران يقولون : إنه قتلها .

فبعث المعتضد من كبس منزل المتهم ، وأحضر اليد ، والرجل وأراه إياهما ، فلما رآها امتقع لونه ، وأيقن بالهلاك واعترف .

ومن ذلك : ما يذكر عن المعتضد : أنه كان جالسا يشاهد الصناع ، فرأى فيهم شخصاً أسود ، منكر الخلقة ، شديد المرح ، يعمل ضعف ما يعمل الصناع ، ويصعد مرقاتين مرقاتين فأنكر أمره .

فأحضره ، وسأله عن أمره ، فلجلج ، فقال لبعض جلسائه : أى شىء يقع لكم فى أمره ؟ قالوا : ومن هذا حتى تصرف فكرك إليه ؟ لعله لا عيال له ، وهو خالى القلب فقال : قد خمنت فى أمره تخمينا ، ما أحسبه باطلا .

إما أن يكون معه دنانير ، قد ظفر بها دفعة ، أو لصاً يتستر بالعمل ،

فدعا به ، واستدعى الضراب ، فضربه ، وحلف له : إن لم يصدقه أن يضرب عنقه ، فقال : لى الأمان ؟ قال : نعم ، إلا فيما يجب عليك بالشرع ، فظن : أنه قد أمنه فقال : قد كنت أعمل فى الآجر ، فاجتاز رجل فى وسطه هميان[1] لجاء إلى مكان لجلس ، وهو لا يعلم مكانى ، فحل الهميان وأخرج منه دنانير ، فتأملته ، فإذا كله دنانير ، فساورته — أى هجم عليه — وكتفته ، وسددت فاه ، وأخذت الهميان وحملته على كتفى ، وطرحته فى الأتون ، وطيلته ، فلما كان بعد ذلك أخرجت عظامه ، فطرحتها فى دجلة .

فأنفذ المعتضد من أحضر الدنانير من منزله ، وإذا على الهميان مكتوب « فلان بن فلان » فنادى فى البلد باسمه فجاءت المرأة ، فقالت : هذا زوجى ، ولى منه هذا الطفل ، خرج وقت كذا ، وكذا ، ومعه ألف دينار فغاب إلى الآن ، فسلم الدنانير إليها ، وأمرها أن تعتد ، وأمر بضرب عنق هذا الأسود الذى اعترف ، وحمل جثته إلى ذلك الأتون[2] .

فراسة أحمد بن طولون :

من عجب الفراسة : ما ذكر عن أحمد بن طولون :

أنه بينما هو فى مجلس له يتنزه فيه ، إذ رأى سائلا فى ثوب خلق ، فوضع دجاجة فى رغيف ، ومعه حلوى وأمر بعض الغلمان بدفعه إليه ، فلما وقع فى يده لم يهش ، ولم يعبأ به ، فقال الغلام : جئنى به ، فلما وقف قدامه استنطقه ، فأحسن الجواب ، ولم يضطرب من هيبته ، فقال هات : الكتاب

---

(١) هميان — بكسر الهاء ، وهو معرب بتشديد الواو — يوضع فيه النقود — المختار من صحاح اللغة ص ٥٥٤ .

(٢) الطرق الحكمية ص ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ .

الذي معك ، وأصدقني ، من بعثك ؟ فقد صح عندي أنك صاحب خبر ، وأحضر السياط فاعترف .

وكان يتنكر ، ويطوف يسمع قراءة الأئمة .

فدعا ثقته ، وقال : خذ هذه الدنانير ، وأعطها إمام مسجد كذا ، فإنه فقير مشغول القلب ، ففعل ، وجلس معه وباسطه فوجد زوجته قد ضربها الطلق ، وليس معه ما يحتاج إليه فقال صدق . عرف شغل قلبه في كثرة غلطه في القراءة[1] .

فراسة المكتفي :

من ذلك : أن اللصوص أخذوا في زمن المكتفي مالا عظيما ، فألزم المكتفي صاحب الشرطة بإخراج اللصوص أو غرامة المال .

فكان يركب وحده ، ويطوف ليلا ونهارا إلى أن اجتاز يوماً في زقاق خال في بعض أطراف البلد . فدخله ، فوجده منكراً ، ووجده لا ينفذ ، فرأى على بعض أبوابه شوك سمك كثير وعظام صلب السمك ، فقال لشخص: كم يكون تقدير ثمن هذا السمك الذي هذه عظامه ؟ قال : دينار ، قال : أهل الزقاق لا تحتمل أحوالهم شراء مثل هذا السمك ؛ لأنه زقاق بين الاختلال إلى جانب الصحراء ، لا ينزله من معه شيء يخاف عليه ، أو من له مال ينفق منه هذه النفقة ، وما هي إلا بلية ، ينبغي أن يكشف عنها ، فاستبعد الرجل هذا ، وقال : هذا فكر بعيد فقال : اطلبوا لي امرأة من الدرب أكلمها ، فدق بابا غير الذي عليه الشوك ، واستسقى ماء ، فخرجت امرأة عجوز ، ضعيفه . فما زال يطلب شربة بعد شربة ، وهي تسقيه ، وهو من خلال ذلك

---

(١) الطرق الحكمية ص ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ملخصا .

يسأل عن الدرب وأهله وهى تخبره غير عارفة بعواقب ذلك ، إلى أن قال لها : وهذه الدار من يسكنها ؟ وأومأ إلى التى عليها عظام السمك ، فقالت : يسكنها خمسة شباب أصفار كأنهم تجار ؛ وقد نزلوا منذ شهر لا نراهم نهاراً إلا فى كل مدة طويلة ، ونرى الواحد منهم يخرج فى الحاجة ويعود سريعاً ، وهم فى طول النهار يجتمعون فيأكلون ويشربون ويلعبون بالشطرنج . والنرد ، ولهم صبى يخدمهم ، فإذا جاء الليل انصرفوا إلى دار لهم بالكرخ ، ويدعون الصبى فى الدار يحفظها ، فإذا كان سحرا جاءوا ، ونحن نيام ، لا نشعر بهم . فقال للرجل : هذه وصفة لصوص أم لا ؟ قال : بلى ، فأنفذ فى الحال ، فاستدعى عشرة ، من الشرط — بتشديد الشين وضمها وفتح الراء جمع شرطى — وأدخلهم إلى أسطحة الجيران ، ودق هو الباب ، فجاء الصبى ففتح ، فدخل الشرط معه ، فما فاته من القوم أحد ، فكانوا هم أصحاب الجناية بعينهم»[1] .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٦٥ ، ٦٦ — تحقيق الدكتور محمد جميل غازى .

من غرائب القضايا

من قضايا على رضى الله تعالى عنه : أنه أتى برجل وجد فى خربة ، بيده سكين ملطخة بدم وبين يديه قتيل يتشحط فى دمه : فسأله على فقال : أنا قتلته فقال على : اذهبوا به فاقتلوه ، فلما ذهبوا به القتل أقبل رجل مسرعاً ، فقال : يا قوم لا تعجلوا ، ردوه إلى على ، فردوه ، فقال الرجل : يا أمير المؤمنين : ما هذا صاحبه ، أنا قتلته .

فقال على للأول : ما حملك على أن قلت : أنا قاتله ، ولم تقتله ؟ قال : يا أمير المؤمنين ، وماذا أستطيع أن أصنع ؟ وقد وقف العسس على الرجل يتشحط فى دمه ، وأنا واقف ، وفى يدى سكين ، وفيها أثر الدم ، وقد أخذت فى خربة ؟ فخفت ألا يقبل منى ، وأن يكون قسامة[1] ، فاعترفت بما لم أصنع واحتسبت نفسى عند الله .

فقال على : بئسما صنعت ، فكيف كان حديثك ؟

قال : إنى رجل قصاب ، خرجت إلى حانوتى فى الغلس فذبحت بقرة ، وسلختها ، فبينما أنا أسلخها ، والسكين فى يدى أخذنى البول ، فأتيت خربة ، كانت بقربى فدخلتها ، فقضيت حاجتى ، وعدت أريد حانوتى ، فإذا أنا بهذا المقتول ، يتشحط فى دمه ، فراعنى أمره ، فوقفت أنظر إليه ، والسكين فى يدى ، فلم أشعر إلا وأصحابك قد وقفوا على ، فأخذونى ، فقال الناس : هذا قتل هذا ماله قاتل سواه ، وأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولى فاعترفت بما لم أجنه .

---

(١) مر الكلام على القسامة .

فقال على للمقر الثانى : فأنت كيف كانت قصتك ؟

فقال : أغوانى إبليس ، فقتلت الرجل طمعاً فى ماله ، ثم سمعت حس العسس ، فخرجت من الخربة واستقبلت هذا القصاب على الحال التى وصف فاستترت منه ببعض الخربة ، حتى أتى العسس ، فأخذوه ، وأتوك به فلما أمرت بقتله علمت : أنى سأبوء بدمه أيضاً ، فاعترفت بالحق .

فقال على رضى الله عنه للحسن : ما الحكم فى هذا ؟ قال :

يا أمير المؤمنين ، إن كان قد قتل نفساً ، فقد أحيا نفساً وقد قال الله تعالى « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » فخلى على عنهما ، وأخرج دية القتيل من بيت المال[١] .

ويحمل هذا على أن أولياء المقتول رضوا بأخذ الدية ، لما ظهر لهم ندم القاتل واستعداده للقصاص ، وإنقاذ المتهم الذى كان سيقتص منه وهو برىء وعلى احتمال أن الأولياء لم يصطلحوا ، ولم يرضوا بأخذ الدية فإنه يحمل على أن ذلك كان اجتهاداً من الحسن وعلى رضى الله تعالى عنهما ، بدليل ما استدل به الحسن رضى الله عنه ، وموافقة على له فى عدم القصاص وهذا جواب على سؤال يمكن أن يقال ، وهو :

لماذا لم يقتص من القاتل ، الذى اعترف ؟

فالجواب هو ما سبق ، والله تعالى أعلم .

ومن القضايا الغريبة أيضاً :

ما ذكر : أن امرأة رفعت — أى رفع أمرها — إلى الإمام على رضى الله عنه ، وقد شهد عليها أنها بغت .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٨٣ ، ٨٠ .

وكان من قصتها : أنها كانت يتيمة عند رجل وكان للرجل امرأة ، وكان كثير الغيبة عن أهله فشبت اليتيمة ، فخافت المرأة أن يتزوجها زوجها ، فدعت نسوة حتى أمسكنها ، فأخذت عذرتها بأصبعها ، فلما قدم زوجها من غيبته رمتها بالفاحشة ، وأقامت البينة من جاراتها اللواتى ساعدنها على ذلك . فسأل على ـ رضى الله تعالى عنه ـ المرأة : ألك شهود ؟ قالت : نعم ، هؤلاء جاراتى يشهدن بما أقول ، فأحضرهن على ، وأحضر السيف وطرحه بين يديه ، وفرق بينهن ، فأدخل كل امرأة بيتاً ، فدعا امرأة الرجل ، فأدارها بكل وجه ، فأصرت على قولها، فردها إلى البيت الذى كانت فيه ودعا بإحدى الشاهدات ، وجثا على ركبتيه ، وقال : قد قالت المرأة ماقالت ، ورجعت إلى الحق ، وأعطيتها الأمان ، وإن لم تصدقينى لأفعلن ، ولأفعلن فقالت المرأة : لا والله ما فعلت ، إلا أنها رأت جمالا وهيبة ، فخافت فساد زوجها ، فدعتنا وأمسكناها لها ، حتى افتضتها بأصبعها ، فقال على : الله أكبر ، أنا أول من فرق بين الشاهدين ، فألزم المرأة حد القذف وألزم النسوة جميعاً العقر[١] ـ بضم العين المهملة ـ وهو ما يدفع للمرأة بسبب إزالة بكارتها ، وهو مبلغ من المال يقدره الخبراء[٢] وأمر الرجل أن يطلق المرأة وزوجه اليتيمة ، وساق لها المهر من عنده .

ومن أنواع الفراسة أيضاً : ما ورد من التخلص من المكروه بأمر سهل جداً ، ومن التعريض بقول أو فعل :

فقد روى زيد بن أسلم عن أبيه قال : قدمت على عمر بن الخطاب رضى الله عنه حلل من اليمن ، فقسمها بين الناس فرأى فيها حلة رديئة . فقال :

---

(١) الطرق الحكمية ص ٨٩ ، ٩٠ تحقيق الدكتور محمد جميل غازى .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٧٥ ـ مصنف عبد الرزاق جـ ٧ ص ٤١٢ .

كيف أصنع بهذه ؟ إن أعطيتها أحـداً لم يقبلها ، فطواها وجعلها تحت مجلسه وأخرج طرفها ووضع الحلل بين يديه فجعل يقسم بين الناس ، فدخل الزبير وهو على تلك الحال فجعل ينظر إلى تلك الحلة . فقال : ما هذه الحلة ؟ فقال عمر : دعها عنك . قال : ما شأنها ؟ قال عمر رضى الله عنه : دعها . قال الزبير : فأعطنيها . قال عمر : إنك لا ترضاها . قال الزبير : بلى قد رضيتها . فلما توثق منه عمر رضى الله عنه واشترط عليه ألا يردها ـ رمى بها إليـه . فلما نظر إليها الزبير ووجدها رديئة قال : لا أريدها . قال عمر : هيهات . قد فرغت منها ، فأجازها عليه ولم يقبلها[1] .

وهنا يثور سؤال : كيف يفعل عمر رضى الله عنه ذلك ، وهـذا يؤدى إلى أن يغرى بها بعض الناس فيأخذ أقل من حقه ؟

والجواب : أن يقال : إن عمر رضى الله عنـه لم يفعل ذلك ليغرى بها بعض الناس . وإنما فعل ذلك ليجنبها بعيـداً عن القسـمة . فلما ألح الزبير أعطاها له بناء على طلبه . على أن يعوضه عن رداءة هذه الحلة . بعد ذلك .

أو أن عمر رضى الله تعالى عنه رأى أنه لا يستحق إلا ما أخذه .

سبق أن أقمنا الدليل من القرآن والسنة . وعمل السلف بالفراسة على مشروعية العمل بها .

وفى مقابل هذا : نقل القرطبى عن القاضى أبى بكر بن العربى : أنه قال : « الفراسة لا يترتب عليها حكم » وكان إياس بن معاوية قاضياً فى أيام عمر بن عبد العزيز وله أحكام كثيرة بطريق الفراسة .

---

(١) الطرق الحـكمية ص ٥١ و ٥٢ .

قال ابن العربي : وكان شيخنا فخر الإسلام أبو بكر الشاشي صنف جزءا في الرد عليه ، كتبه لي بخطه وأعطانيه ، وذلك صحيح ، فإن مدارك الأحكام معلومة شرعاً ، مدركة قطعا ، وليست الفراسة منها » .

فالحكم بالفراسة عند من منع الحكم بها ـ مثل الحكم بالظن والحزر ، والتخمين ، وذلك عند ـ من منع ـ فسق ، وجور من الحاكم ، والظن يخطيء ويصيب ، وإنما أجيزت شهادة التوسم في محل مخصوص الضرورة(١) .

مناقشة المانعين من الحكم بالقسامة :

أولا : يقال لهم : إن ما قلتموه غير مسلم لكم .

١ ـ قولهم : « إن مدارك الأحكام معلومة شرعاً ، مدركة قطعا ، وليست الفراسة منها » .

هذا غير مسلم ، ومردود بالأدلة الشرعية التي أوردها المجيزون ، وهي كثيرة ، وبعضها من القرآن الكريم ، والسنة النبوية .

٢ ـ وقولهم : الحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن ، والحزر ، والتخمين وذلك فسق ، وجور . هذا غير مسلم .

فإن كثيراً من الأحكام تقوم على تغليب الظن : كحكم القاضي : بأن فلانا بن فلان ، فإن القاضي لا يمكنه التيقن بأن فلان بن فلانا ، ولا سبيل إلى معرفة ومشاهدة أن المرأة حملت من هذا الرجل المعين ، ومثل هذا كثير وإنما يجرى هذا بناء على قيام الزوجية ، بين الرجل ، والمرأة مما يدفع إلى الظن: أن المرأة حملت من الزوج .

---

(١) معين الحكام للطرابلسي ص ١٦٨ .

ثانياً : يقال لهم : عدم الحكم بالفراسة القائمة على الأمارات ، والقرائن يضيع كثيراً من الحقوق ، ويوقع الأمة فى حرج كبير ، والحرج مرفوع ، بنص القرآن الكريم .

والحزر بمعنى الخرص يعمل به فى تقدير الزروع والثمار فى الزكاة .

والتخمين إن كان قائماً على غير دليل فلا قيمة له والكلام إنما هو فى الفراسة القائمة على علامات ، وقرائن . والذى يبدو لى : أن يقال : يؤخذ بالفراسة القائمة على الأمارات ، والقرائن فى الأموال ، لأن الأموال تثبت مع الشبهة ، ويسترشد بالفراسة القائمة على الأمارات والقرائن فى تهمة القتل ليتوصل بها إلى اعتراف القاتل ، أو ليحكم على المتهم فى جريمة القتل بحبس أو تغريم ، أو نفى - أى ما عدا الحكم بالقصاص .

كما أنه يعمل بالقرينة للتوصل إلى القسامة ، ثم يحكم بالدية بعد القسامة ، كما مر عند الحنفية . أما الحدود : فلا تثبت بالفراسة القائمة على الأمارات لأنها تسقط بالشبهات كما هو معروف فى باب الحدود . والله تعالى أعلم .

مبحث

فى القضاء بقول القائف

القائف لغة : : متتبع الآثار ، والجمع قافه ، كبائع ، وباعه .

وشرعا : من يلحق النسب بغيره ، عند الاشتباه ، بما خصه الله تعالى به من معرفة بذلك .

والحكم بقول القائف فى إلحاق النسب عند الاشتباه - مشروع عمل بذلك : الخلفاء الراشدون ، والصحابة من بعدهم منهم عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وأبو موسى الأشعرى ، وابن عباس ، وأنس بن مالك - رضى الله تعالى عنهم .

وقال أصحاب هؤلاء الرأى : إنه لا مخالف لهم فى الصحابة ، وقال بها من التابعين : سعيد بن المسيب ، وعطاء بن أبى رباح ، والزهرى ، وإياس بن معاوية ، وقتادة ، وكعب بن سود .

وقال بذلك من تابعى التابعين : والليث بن سعد ومالك بن أنس وأصحابه .

وقال بذلك أيضاً : الشافعى ، وأصحابه ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأهل الظاهر[1] .

وفى مقابل هذا : ذهب الحنفية إلى عدم اعتبار قول القائف فى إثبات النسب .

---

(1) الطرق الحكمية ص ٢١٥ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٣٥ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٨٨ ، تبصرة الحكام ص ١٠٨ ، سبل السلام للصنعانى جـ ٤ ص ١٤٩٢ .

استدل الجمهور على اعتبارها بما يأتى :

١ ـ سنة رسول الله ﷺ : قالت عائشة رضى الله تعالى عنها : « دخل على رسول الله ﷺ وهو مسرور تبرق أسارير وجهه فقال : « ألم ترى إلى مجزز المدلجى ؟ نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة ، وأسامة بن زيد ، فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض »[1] متفق عليه .

وذلك يدل على : أن إلحاق القافة يفيد النسب ؛ لسرور النبى صلى الله عليه وسلم به ، وهو لا يسر بباطل ولو كان قول القافة باطلا لما أقره النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يرض بها .

وذلك دليل حسى على اتحاد الأصل ، والفرع ، فإن الله سبحانه وتعالى أجرى العادة بكون الولد نسخة أبيه .

٢ ـ وقد ذكر عبد الرزاق عن معمر ، عن الزهرى قال : أخبرنى عروة : « أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه دعا القافة فى رجلين اشتركا فى الوقوع على امرأة فى طهر واحد ، وادعيا ولدها ، فألحقته القافة بأحدهما قال الزهرى : أخذ عمر بن الخطاب ، ومن بعده بنظر القافة فى مثل هذا ، وإسناده صحيح متصل ، فقد لقى عروة عمر واعتمر معه .

وروى شعبة عن توبة العنبرى ، عن الشعبى عن ابن عمر قال : « اشترك رجلان فى طهر امرأة ، فولدت فدعا عمر القافة ، فقالوا : قد أخذ الشبه منهما جميعاً ، فجعله عمر بينهما » .

٣ ـ وروى قابوس بن أبى ظبيان عن أبيه ، عن على : « أن رجلين وقعا

---

(١) سبل السلام الصنعانى جـ ٤ ص ١٤٩٢ .

على امرأة فى طهر واحد ، فجاءت بولد فدعا له على رضى الله تعالى عنه ـ القافة ، وجعله ابنهما جميعاً ، يرثهما ، ويرثانه » .

٤ ـ وروى عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال : « اختصم إلى أبى موسى الأشعرى فى ولد ، ادعاه دهقان ورجل من العرب ، فدعا القافة ، فنظروا إليه ، فقالوا للعربى : أنت أحب إلينا من هذا العلج ، ولكن ليس ابنك فخل عنه ، فإنه ابنه » .

٥ ـ وروى زياد بن أبى زياد قال : « إنتفى ابن عباس من ولد له ، فدعا له ، ابن كلدة القائف ، فقال : أما إنه ولده ، وادعاه ابن عباس » .

٦ ـ و صح عن قتادة ، عن النضر بن أنس : « أن أنساً وطىء جارية له ، فولدت جارية ، فلما حضر قال : ادعوا لها القافة ، فإن كانت منكم فألحقوها بكم » .

وهذه قضايا فى مظنة الشهرة ، فيكون إجماعاً .

قال حنبل : سمعت أبا عبد الله قيل له : تحكم بالقافة ؟ قال : نعم ، لم يزل الناس على ذلك .

٧ ـ والقياس ، وأصول الشريعة تشهد للقافة ؛ لأن القول بها حكم يستند إلى درك أمور خفية ، وظاهرة توجب للنفس سكونا ، فوجب اعتباره ، كنقد الناقد وتقويم المقوم .

وقد حكى أبو محمد بن قتيبة : أن قائفاً كان يعرف أثر الأنثى من أثر الذكر .

أما أبو حنيفة وأصحابه فلم يعتبروا القافة فى إثبات النسب ؛ وذلك ؛ لأن العمل بها تعويل على مجرد الشبه ، والشبه قد يقع بين الأجانب ، وينتفى بين الأقارب .

مناقشة هذا الدليل :

يقال : إن النبي ﷺ اعتبر الشبه - بفتح الشين المشددة - والشبه هو معتمد القائف . قالت أم سلمة : يا رسول الله أو تحتلم المرأة ؟ قالت : تربت فبما يشبها ولدها ؟ يداك ، وقال النبي ﷺ فى قصة الملاعنين : « إن جاءت به أكحل العينين ، سابغ الإليتين ، خدلج الساقين ، فهو لشريك بن سمحاء فجاءت به كذلك ، فقال النبي ﷺ : « لولا مامضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن » رواه البخارى فاعتبر النبي ﷺ الشبه فإن قيل : فهذا حجة عليكم ، لأنه - مع صريح الشبه - لم يلحقه فى الحكم به لمن أشبهه .

قيل : إنما منع إعمال الشبه ؛ لقيام مانع اللعان ؛ ولهذا قال ﷺ : « لولا الإيمان لكان لى ، ولها شأن » فاللعان سبب أقوى من الشبه ، قاطع النسب ، وحيث اعتبرنا الشبه فى لحوق النسب ، فإنما ذلك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه ، ولهذا لا يعتبر مع الفراش ، وإن كان الشبه لغير صاحب الفراش والأنساب يكتفى فى ثبوتها بأدنى الأسباب :

منها شهادة المرأة الواحدة على الولادة ، والدعوى المجردة مع الإمكان ، وظاهر الفراش ، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالى عن سبب مقاوم له كافيا فى ثبوته .

فإن قيل : قد ألغى النبي ﷺ الشبه فى لحوق النسب ، كما فى الصحيح : أن رجلا قال للنبي ﷺ : « إن امرأتى ولدت غلاماً أسود ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هل لك من إبل ؟ قال : نعم . قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : فهل فيها من أورق ؟ قال : نعم : إن فيها لورقا ، قال : فأنى لها ذلك ؟ قال : عسى أن يكون نزعه عرق ، قال : وهذا عسى أن يكون يكون نزعه عرق » .

يجاب عن ذلك : إنما لم يعتبر الشبه هنا ؛ لوجود الفراش الذى هو أقوى من الشبه .

فإن قيل : لو أثرت القافة ، واعتبار الشبه فى نتاج الآدمى لأثر ذلك فى نتاج الحيوان . فكنا نحكم بالشبه ، كما نحكم بين الآدميين ، ولا نعلم قائلا بذلك .

ويجاب عن ذلك بعدة وجوه :

أحدها : منع الملازمة بين تأثير الشبه فى نتاج الآدمى وتأثيره فى نتاج الحيوان ، إذ لا دليل على هذا التلازم شرعا ، وعقلا .

الثانى : أن الشارع إلى إثبات الأنساب متى أمكن ، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته ، ولهذا ثبت بالفراش ، وبالدعوى ، وبما لا يثبت به نتاج الحيوان .

الثالث : أن إثبات النسب فيه حق الله ، وحق للولد ، وحق للأب ، ويترتب عليه من أحكام الوصل بين العباد ما به قوام مصالحهم ما يترتب ، فأثبته الشرع بأنواع الطرق التى لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان .

الرابع : أن سبب النسب الوطء ، وهو إنما يقع غالبا فى غاية التستر ، ويخفى عن العيون ، وعن اطلاع القريب ، والبعيد عليه ، فلو كلف بالبينة على سببه لضاعت أنساب بنى آدم ، وفسدت أحكام الصلات التى بينهم ، ولهذا ثبت بأيسر شىء : من فراش ، ودعوى ، وشبه ـ بفتح الشين .

الخامس : أن المقصود من نتاج الحيوان إنما هو المال المجرد ، فدعواه دعوى مال محض ، بخلاف دعوى النسب ، فأين دعوى النسب ؟ وأين أسباب ثبوت أحدهما من أسباب ثبوت الآخر ؟

السادس : أن المال يباح بالبذل ، ويعاوض عليه ، ويقبل النقل ، وتجوز الرغبة عنه ، والنسب بخلاف ذلك .

السابع : أن الله سبحانه جعل بين أشخاص الآدميين من الفروق فى صورهم ، وأصواتهم ، وأوصافهم ما يتميز به بعضهم من بعض ، ولا يقع معه الاشتباه بينهم ، بحيث يتساوى الشخصان من كل وجه إلا فى غاية الندرة مع أنه لابد من الفروق ، وهذا القدر لا يوجد مثله بين أشخاص الحيوان ، بل التشابه فيه أكبر ، والتماثل أغلب ، فلايكاد الحس يميز بين نتاج حيوان ، وحيوان غيره برد كل منهما إلى أمه وأبيه ، وإن كان قد يقع ذلك ، ولكن وقوعه قليل بالنسبة إلى أشخاص الآدمى ، فإلحاق أحدهما بالآخر ممتنع .

والثامن : قولهم : « إن الاعتماد فى القافة على الشبه ، وهو أمر مدرك بالحس ، فإن حصل بالمشاهدة فلاحاجة إلى القائف ، وإن لم يحصل بالمشاهدة لم يقبل قول القائف ، جوابه أن يقال : الأمور المدركة بالحس نوعان :

نوع يشترك فيه الخاص ، والعام : كالطول ، والقصر ، والبياض ، والسواد ، ونحو ذلك ، فهذا لا يقبل فيه تفرد المخبر ، والشاهد .

والثانى : يختص بمعرفة أهل الخبرة ، من تعديل فى القسمة ، ومعرفة عمر الحيوان ، وتقدير الأشياء ، ونحو ذلك ، فهذا وأمثاله مما لايجب الاشتراك فيه ، فيقبل قول الواحد والاثنين .

ومن هذا التشابه ، بل والتماثل بين الآدميين ، فإن التشابه بين الولد ، والوالد يظهر فى صورة الطفل ، وشكله ، وهيئة أعضائه ، ظهوراً خفياً ، يختص بمعرفته القائف ، دون غيره .

ولهذا : كانت العرب تعرف ذلك لبنى مدلج ، ويقر لهم به ، مع أنه

لا يختص بهم ، ولا يشترط كون القائف منهم ، قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن القائف : هل يقضى بقوله ؟ قال : يقضى بقوله إذا علم .

وأما قول المانعين : « إنا ندرك التشابه بين الأجانب والاختلاف فى الشبه بين من بينهم نسب » .

فالجواب عن ذلك : نعم ، لكن الظاهر الأكثر خلاف ذلك وهو الذى أجرى الله سبحانه وتعالى به العادة وجواز التخلف عن الدليل ، والعلامة الظاهرة فى النادر لا يخرجه عن أن يكون دليلا عند عدم معارضة ما يقاومه ألا ترى أن الفراش دليل على النسب ، وأنه ابنه ؟ ويجوز ، بل يقع كثيرا تخلف دلالته ، وتخليق الولد من غير ماء صاحب الفراش ولا يبطل ذلك كون الفراش دليلا ، وكذلك أمارات التقدير والقسمة ، والتقويم ، وغيرها قد تتخلف عنها أحكامها ، ومدلولاتها ولا يمنع ذلك اعتبارها .

وكذلك شهادة الشاهدين . وغيرهما ، وكذلك ، الأقراء ، والقرء الواحد فى الدلالة على براءة الرحم ، فإنها دليل ظاهر مع جواز تخلف دلالته ، ووقوع ذلك ، وأمثاله كثير[1] .

وقولهم : « إن استلحاق اثنين لنسب طفل موجب للحقوق النسب ، وقد اشتركا فيه ، فيشتركان فى موجبه » .

والجواب : هذا صحيح ، إذا لم يتميز أحدهما بأمر خارج عن الدعوى ، فأما إذا تميز أحدهما بأمر آخر ، كالفراش ، والشبه كان اللحاق به ، كما لو تميز بالبينة ، بل الشبه نفسه بينة من أقوى البينات ، فإنها اسم لما بين الحق ،

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣٢٤ .

ويظهره وظهور الحق هنا بالشبه أقوى من ظهوره بشهادة من يجوز عليه الوهم ، والغلط والكذب ، وأقوى بكثير من فراش يقطع بعدم اجتماع الزوجين فيه .

واستدل المانعون لإثبات النسب بالقافة :

بقولهم : القائف إما شاهد ، وإما حاكم .

فإن كان شاهدا ، فمستند شهادة الشاهد الرؤية ، وهو وغيره فيها سواء ، فجرى تفرده فى الشهادة مجرى شهادة واحد من بين الجمع العظيم بأمر لو وقع لشاركوه فى العلم به ومثل هذا لا يقبل .

وإن كان القائف حاكما : فالحاكم لابد له من طريق يحكم بها ولا طريق هنا إلا الرؤية ، والشبه ، وقد عرف أنه لا يصلح طريقاً للحكم .

وقال المانعون أيضاً :

لو كانت القافة طريقا شرعيا لما عدل عنها داود ، وسليمان صلوات الله وسلامه عليهما فى قصة الولد الذى ادعته المرأتان ، بل حكم به داود للكبرى ، وحكم به سليمان للصغرى بالقرينة التى استدل بها من شفقتها عليه بإقرارها به للكبرى ، ولم يعتبر القافة ، ولا الشبه .

وقال المانعون أيضاً :

روى زيد بن أرقم قال : « أتى على رضى الله تعالى عنه ـ وهو باليمن ـ بثلاثة وقعوا على امرأة ، فى طهر واحد ، فسأل اثنين : أتقران لهذا بالولد ؟ قالا : لا ، حتى سألهم جميعا ، فجعل كلما سأل اثنين قالا : لا ، فأقرع بينهم ، فألحق الولد بالذى صارت عليه القرعة » .

قال زيد بن أرقم : « فذكرت ذلك للنبي ﷺ ، فضحك حتى بدت نواجذه » .

وفى لفظ « فمن قرع فله الولد ، وعليه لصاحبيه ثلثا الدية » .

وفى لفظ « فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : « لا أعلم إلا ما قال على » . أخرجه الإمام أحمد وأبو داود ، والنسائى وابن ماجة ، والحاكم فى صحيحه .

وقال أبو محمد بن حزم : هو خبر مستقيم السند ، نقلته كلهم ثقات . وهو صريح فى عدم اعتبار القافة ، فإنها لو كانت معتبرة لم يعدل عنها إلى القرعة .

وقال المانعون أيضاً : فى مجال الرد على المثبتين بالقافة : أصح ما معكم حديث أسامة بن زيد ، ولا حجة فيه ، لأن النسب فى قصة أسامة ثابت بالفراش ، فوافقه قول القائف فسر النبي ﷺ بموافقة قول القائف لشرعه الذى جاء به من أن الولد للفراش ، وهذا لا خفاء به ، فمن أين يصلح ذلك لإثبات كون القافة طريقا مستقلا بإثبات النسب ؟ .

الرد على هذه الأقوال :

قولهم : القائف إما شاهد ، والشاهد الواحد لا تقبل شهادته فى هذه المسألة ؛ لأنها مسألة يمكن أن يدركها كثير من الناس .

وإما حاكم فلابد له من طريق يقضى بها ، ولا يكفى فى هذا مجرد الشبه .

يقال : هذه المسألة فيها قولان لمن يقول بالقافة عند طائفة من الحنابلة ، وفيها روايتان عند الإمام أحمد ووجهان لأصحاب الشافعى مبنيان على أن

القائف : هل هو حاكم ، أو شاهد ؟[1] ، وعند آخرين ليسا مبنيين على ذلك ، بل الخلاف جار ، سواء قلنا : القائف حاكم ، أو شاهد ، كما نعتبر حاكمين في جزاء الصيد ، وكذلك إذا قبلنا قوله وحده جاز ذلك ، وإن جعلناه شاهدا كما نقبل قول القاسم ، والخارص والمقوم والطبيب ونحوهم وحده .

والقضايا التي رويت في القافة عن النبي ﷺ ، والصحابة بعده ليس في قضية واحدة منها أنهم قالوا : القائف تلفظ بلفظة « أشهد : أنه ابنه » ولا يتلفظ بذلك القائف أصلا ، وإنما وقع الاعتماد على مجرد خبره ، وهو شهادة منه ، وهذا يتبين لمن تأمله ونصوص أحمد لا تشعر بهذا البناء الذي ذكرته طائفة من الحنابلة ، على ما تقدم ، وإنما المتأخرون يتصرفون في نصوص الأئمة ، ويبنونها على ما لم يخطر لأصحابها ببال ، ولا جرى لهم في مقال ، ويتناقله بعضهم عن بعض .

نصوص الإمام أحمد في هذه المسألة :

قال جعفر بن محمد النسائي : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الولد يدعيه الرجلان ؟ قال : يدعى له رجلان من القافة ، فإن ألحقاه بأحدهما فهو له .

وقال محمد بن داود المصيصي : سئل أبو عبد الله عن جارية بين رجلين ، وقعا عليها ؟ قال : إن ألحقوه بأحدهما فهو له ، قيل له : إن قال أحد القافة : هو لهذا ، وقال الآخر : هو لهذا ؟ قال : لا يقبل قول واحد ، حتى يجتمع اثنان يكونان كشاهدين .

واحتج من رجح هذا القول بأنه حكم بالشبه ، فيعتبر فيه العدد ، كالحكم

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٨٩ .

بالمثل فى جزاء الصيد . وقال أحمد – فى رواية أبى طالب – فى الولد يكون بين الرجلين : يدعى القائف ، فإن قال : هو منهما فهو منهما ، نظراً إلى ما يقوله القائف ، وإن جعل لواحد ، فهو لواحد .

وقال فى رواية إسماعيل بن سعيد : وسئل عن القائف : هل يقضى بقوله ؟ فقال : يقضى بذلك إذا علم . ومن حجة هذا القول : أن النبى ﷺ سر بقول مجزز المدلجى وحده ، وهذا القول اختاره القاضى ، وصاحب المستوعب ، والصحيح من مذهب الشافعى ، وصح عن عمر أنه استقاف المصطلق وحده كما تقدم ، واستقاف ابن عباس بن كلدة وحده ، وقد نص أحمد على أنه : يكتفى بالطبيب ، والبيطار للواحد إذا لم يوجد سواه . والقائف مثل الطبيب ، والبيطار فيتخرج للإمام أحمد رواية ثالثة فى القافة[1] .

ومعنى ذلك : أن الإمام أحمد يشترط قول اثنين من القافة فى رواية ، ويكتفى بقول واحد فى رواية أخرى ، ويتخرج له رواية أخرى يقول فيها : يكتفى بقول القائف الواحد ، إذا لم يوجد سواه ، والله تعالى أعلم .

والخلاصة :

أن يقال : إن كون القائف شاهدا ، أو حاكما أو مفتيا لا يمنع من كون القيافة طريقا من طرق الحكم .

أما قولهم : إن داود وسليمان عليهما السلام لم يعتبرها : فإما لكون اعتبار القافة لم يكن شريعة لهما ، وهو الظاهر ، إذ لو كان شريعة لهما لدعوا

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٢٧ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٨٩ .

القافة للولد ، وإما أن تكون القافة مشروعة فى تلك الشريعة ، ولكن فى حق الرجلين ، إذا ادعيا الولد ، كما هو أحد القولين فى شريعتنا ، وحينئذ فلا كلام ، وإما أن تكون مشروعة فى حق الرجلين ، أو المرأتين إذا ادعت كل منهما الولد ، ولكن أشكل على نبى الله أمر الشبه ، بحيث لم يظهر لها ، وكذلك القائف لا يعلم الحال فى كل صورة ، بل قد تشتبه عليه كثيرا وعلى كل تقدير ، فلا حجة فى القصة على إبطال حكم القافة فى شريعتنا ، والله تعالى أعلم .

بل قصة داود ، وسليمان صريحة فى إبطال إلحاق الولد بأمين ؛ فإنه لم يحكم به نبى من النبيين الكريمين ـ صلوات الله عليهما وسلامه ـ بل اتفقا على إلغاء هذا الحكم ، والذى دلت عليه القصة لا يأخذ الحنفية به ، والذى يقولون به غير ما دلت عليه القصة .

الرد على حديث زيد بن أرقم :

وأما حديث زيد بن أرقم فى قصة على فى الولد الذى ادعاه الثلاثة ، والإقراع بينهم ـ فهو حديث مضطرب جدا .

وقد قال على بن سعيد : سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث ؟ فقال : هذا حديث منكر ، لا أدرى ما هذا ؟ ولا أعرفه صحيحاً .

وقال له إسحاق بن منصور : حديث زيد بن أرقم « أن ثلاثة وقعوا على امرأة فى طهر واحد ؟ » قال حديث عمر فى القافة أعجب إلى .

وقد روى قابوس بن أبى ظبيان عن أبيه عن على رضى الله عنه « أن رجلين وقعا على امرأة فى طهر واحد ، فجاءت بولد ، فدعا له على القافة ، وجعله ابنهما جميعا، يرثهما ، ويرثانه » ، وهذا يدل على أن مذهب على رضى الله عنه ـ الأخذ بالقافة ، دون القرعة .

وأيضاً : فالمعهود من استعمال القرعة ، إنما هو إذا لم يكن هناك مرجح سواها .

ومعلوم : أن القافة مرجحة : جعلت شهادة ، أو حكما ، أو فتيا، فلا يصار إلى القرعة مع وجودها .

وأيضاً : نفاة القافة لا يأخذون بحديث علي في القرعة ، ولا بحديثه ، وحديث عمر في القافة ، فلا يقولون بهذا ، ولا بهذا .

وعليه نقول : حديث علي إما أن يكون ثابتاً ، أو ليس بثابت ، فإن لم يثبت فلا إشكال . وإن كان ثابتا ، فهو واقعة عين ، تحتمل وجوها .

منها : أنه لا يكون قد وجد في ذلك المكان ، وفي ذلك الوقت قائف ، أو يكون قد أشكل على القائف ، ولم يتبين له الأمر ، أو يكون لعدم كون القيافة طريقا شرعيا ، وإذا احتملت القصة هذا ، وهذا لم يجزم بوقوع أحد الاحتمالات إلا بدليل .

وقد تضمنت القصة أمرين :

أحدهما : ثبوت النسب بالقرعة .

والثاني : إلزام من خرجت له القرعة بثلثي الدية للآخرين .

أما بالنسبة الأمر الأول :

فمن نفى الحكمة ، والتعليل ، وصحح الحديث - كبعض أهل الظاهر - قال به ، ولم يلتفت إلى معنى ، ولا علة ، ولا حكمة ، وقال : ليس هنا إلا التسليم والانقياد .

وأما من سلك طريق التعليل ، والحكمة ، فقد يقول : إنه إذا تعذر وجود القافة ، أو أشكل الأمر عليها ـ كان المصير إلى القرعة أولى من ضياع نسب الولد ، وتركه هملا ، لانسب له ، فالقرعة هنا أقرب إلى إثبات النسب فإنها طريق شرعى ، وقد سدت الطرق سواها .

وإذا كانت القرعة صالحة لتعيين الأملاك المطلقة وتعيين الرقيق من الحر عند الاختلاط ، وعدم معرفة الحر من الرقيق ، وكذلك القرعة صالحة لتعيين الزوجة من الأجنبية ، فإذا قال لزوجاته إحداكن طالق ، ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن عند الحنابلة فأخرجت بالقرعة المطلقة[1] وإذا كانت القرعة تصلح لهذا ، فكيف لا تصلح القرعة لتعيين صاحب النسب من غيره ؟ .

والمعروف أن طرق حفظ الانساب أوسع من طرق حفظ الأموال ، والشارع إلى ذلك أعظم تشوفا ، فالقرعة شرعت لإخراج المستحق تارة ولتعيينه تارة أخرى .

وهنا أحد المتداعيين هو أبوه حقيقة ، فعملت القرعة فى تعيينه ، كما عملت فى تعيين الزوجة عند اشتباهها بالأجنبية ، فالقرعة تخرج المستحق شرعاً ، كما تخرج القدر المستحق .

وأما بالنسبة للأمر الثانى : وهو إلزام من خرجت له القرعة بثلثى الدية لصاحبيه ـ فإن لهذا أيضاً وجها فإن وطء كل واحد من الآخرين كان صالحا لحصول الولد له ، ويحتمل أن يكون الولد له فى نفس الأمر ، فلما خرجت القرعة لأحدهم أبطلت ما كان من الواطئين من حصول الولد له ، فقد بذر

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى جـ ٧ ص ٧٥١ .

كل منهم بذرا يرجو به أن يكون الزرع له فقد اشتركوا فى البذر ، فإن فاز أحدهم بالزرع كان من العدل أن يضمن لصاحبيه ثلثى القيمة ، وعبر بالقيمة لأن الزرع مما يقوم والدية قيمة الولد شرعا ، فلزمه ضمان ثلثيها لصاحبيه إذ الثلثان عوض ثلثى الولد الذى استقل به ، دونهما مع اشتراكهما فى سبب حصول[1] الولد .

هل يثبت النسب عن طريق المختبر العلمى ؟

يقدم العلماء فى مختبر جامعة العلوم الصحية فى « أريغان » بصبغ « الكروموسومات » فى خلايا الدم التى تؤخذ من الأم ، والطفل ، والرجل الذى يفترض أن يكون الأب ، وهكذا يصبح فى الوسع مقارنتها معاً بشكل أفضل ، لأن الصبغة تظهر الفروق .

وتقول « سوزان أولسون » التى تقوم بإجراء هذه التجارب بالاشتراك مع الدكتورة « إيلين ماغينيز » مديرة المختبر : إن بعض أنواع « الكروموسومات » تشتمل على مناطق متميزة تختلف عن غيرها ، وهذه المناطق يتم اكتسابها بالوراثة وهى أشبه ما تكون باختلاف بصمات الأصابع من شخص إلى آخر فلكل خلية فيها ٤٦ « كروموسوما » مرتبة فى ٢٣ زوجا ، وعليه فإن « كروموسومات » الطفل تكون مقسومة بالتساوى ، أى أن ٢٣ « كروموسوما » من الأم ، و٢٣ « كروموسوما » أخرى من الأب ، ولهذا فإذا لم تتفق « الكروموسومات » المذكورة فى الطفل مع التى تؤخذ من الشخص الذى ينازع فى الطامل يتضح أن هذا الشخص ليس والد الطفل .

---

(٢) الطرق الحكمية ص ٣٤٢ وما قبلها .

ومضت الباحثة تقول : إن الحاجة تدعو إلى إجراء المزيد من التجارب قبل التوصل إلى نتائج مطلقة ، وقبـــل إصدار التصميمات العلمية بشأن « الكروموسومات » .

واختبارات الدم أيضاً : من الوسائل التى قد يلجأ إليها التعرف على الأب لطفل ما ، إذ يعقب اختبـار عينات الدم اختبارات على الجينات ، وربما تشير تلك الاختبارات إلى أن هناك احتمالا نسبته تسعون فى المائة فى أن يكون الرجل المعنى هو الأب لكن لابد من النظر إلى العشرة بالمائة الباقية فى احتمال عـدم كونه الأب ، وهنا تبرز أهمية اختبار « الكروموسومات »[1] .

وقد قبلت بعض المحاكم الأمريكية تحليل « الكروموسومات » كدليل فى قضية تنازع على أبوة أحد الأطفال فى ولاية « فرجينيا » .

الذى يبدو لى فى هذا المجال :

بالنظر للفقهاء القائلين بالقافة ، وإثبات النسب بناء على الشبه بين الوالد والمولود ـ نجد أن قواعدهم لا تتنافى مع الاتجاه الحديث القائل باختبارات « الكروموسومات » أو اختبارات الدم ، والجينات إذا أثبتت التجارب صحة هذه الاختبارات وقدرتها على التوصل إلى الأب الحقيقى ، وذلك لما يأتى :

١ ــ لأن القائلين بالقافة : قالوا بها بناء على اعتبار الشبه بين الوالد ، والمولود ، واستناداً إلى العين المجردة ، فإذا ضمت إلى العين مكبرات تساعد

---

(١) جريدة الشرق الأوسط عام ١٩٨٢ .

الصين على الفحص لمعرفة الشبه بين الوالد ، والولد كان ذلك أولى بالاعتبار .

٢ — الشريعة الإسلامية تعتبر قول الطبيب ، والبيطار ، والفقيه ، والقاضي ، وغيرهم ، في حدود اختصاص كل منهم ، وهذه الاختبارات المعملية هي من قبيل الخبرات الطبية ، فيكون لها اعتبارها . والله تعالى أعلم .

والقائف لابد أن تتوفر فيه شروط ذكرها الشافعية فيما يأتي .

١ — أن يكون القائف مسلما ، فلا تقبل من كافر .

٢ — وأن يكون عدلا ، فلا تقبل من فاسق ، لأنه حاكم ، أو قاسم ، والحاكم ، والقاسم يعتبر فيه ذلك .

٣ — بصيراً ، فلا تقبل من أعمى ؛ لأن القيافة تقوم على إدراك الشبه — بفتح الشين — وخصوصاً في الصفات الجسدية ، وذلك لا يتأتى من الأعمى .

٤ — ناطقا ، لكن قال البلقيني : لاأمنع قيافة الأخرس ، إذا فهم إشارته كل واحد .

٥ — سميعا ، ولعل ذلك لمعرفة وجه الشبه بين الوالد ، والولد في الصوت ، ورد البلقيني هذا الشرط .

٦ — انتفاء العداوة بين القائف ، وبين الذي ينفى عنه النسب ، وهذا ظاهر فيما إذا كان المنفي عنه النسب هو المدعى .

٧ — انتفاء الولاء بين القائف ، وبين من يلحق به الولد .

٨ — الأصح اشتراط كون القائف حراً ذكراً ، فلاتصح من الرقيق ، ولا من الأنثى ، وفى « الروضة » الصحيح اشتراط أن يكون القائف حراً ذكراً ، قياسا على القاضى ، فإنه يشترط فيه أن يكون حراً ذكراً .

٩ — وأن يكون القائف مجربا — بفتح الراء — فى معرفة النسب ، لحديث « لا حكيم إلا ذو تجربة » حسنه الترمذى — وكما لا يولى القاضى القضاء إلا بعد معرفة علمه بالأحكام .

صفة التجربة :

صفة التجربة : بأن يعرض على القائف ولد فى نسوة ، ليس فيهن أمه ثم مرة أخرى ثم مرة ثالثة فى نسوة فيهن أمه فإن أصاب فى الكل فهو مجرب ، وقد ورد أيضاً عند الشافعية : أنه لا معنى لاعتبار الثلاث مرات ، بل المعتبر غلبة الظن بأن قوله عن خبرة ، لا عن اتفاق وهذا قد يحصل بدون الثلاث .

والذى يظهر لى : أن التغيير بالنسبة للنسوة مطلوب فى كل مرة ، وإلا كانت مرة واحدة .

والأمر كذلك بالنسبة للولد بوضع بين الرجال لمعرفة أبيه .

وقال فى الروضة : كيفية التجربة : أن يعرض عليه ولد فى نسوة ، ليس فيهن أمه ، ثم نسوة ليس فيهن أمه ، ثم فى نسوة ليس فيهن أمه ، ثم فى نسوة هى فيهن ، فيصيب فى الكل . وكذلك الأمر بالنسبة للرجال .

والأولى — بفتح الهمزة — أن يعرض — بضم الياء — مع صنف فى مرة —

ولد لواحد منهم ؛ ولا يختص به المرة الرابعة .

يمكن تطبيق هـــذا على الاختبارات التى تجرى فى المعامل .
ولا يشترط عدد ، فيكفى قول القائف الواحد ، كالقاضى والقاسم للأشياء المشتركة .

وقيل : يشترط كالمزكى فى الشهادة ، والمقوم للأشياء[1] .

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ .

مطلب

فى القضاء بالقرعة

معناها :

الذى أفهمه ، والله أعلم : أنه قد يحدث اتفاق المتنازعين - بفتح العين - أو المتنازعين على طريقة تحدد الحق والمستحق ، من غير أن يكون لأحد منهم دخل فى هذا التحديد ، وذلك بعد التساوى فى استحقاق الشىء ، فالقرعة إذن : هى هذه الطريقة المذكورة بأوصافها السابقة . والقاضى الحق فى إجراء القرعة ، إذا رأى فى ذلك مصلحة .

مثال ذلك :

ما ورد فى القرآن الكريم : حين اقترعوا فى شأن مريم ، أيهم يكفلها وذلك لرغبتهم فى الأجر .

قال ابن جرير عن عكرمة : ثم خرجت أم مريم بها ، يعنى بمريم فى خرقها إلى بنى الكاهن بن هارون أخى موسى عليهما السلام — وهم يومئذ يلون من بيت المقدس ما يلى الحجبة من الكعبة — فقالت لهم : دونكم هذه النذيرة ، فإنى حررتها ، وهى أنثى ، ولا يدخل الكنيسة حائض ، وأنا لا أردها إلى بيتى ، فقالوا : هذه ابنة إمامنا - وكان عمران يؤمهم فى الصلاة - وصاحب قرباننا ، فقال زكريا : ادفعوها لى ، فإن خالتها تحتى ، فقالوا لا تطيب نفوسنا . هى ابنة إمامنا ، فذلك حين اقترعوا عليها بأقلامهم ، التى يكتبون بها التوراة ، فقرعهم زكريا ، فكفلها .

وقد ذكر عكرمة ، والسدى ، وقتادة : أنهم ذهبوا إلى نهر الأردن ، واقترعوا هنالك على أن يلقوا أقلامهم فأيهم يثبت فى جرية الماء ، فهو كافلها، فألقوا أقلامهم فاحتملها الماء ، إلا قلم زكريا ؛ فإنه ثبت ، ويقال : إنه ذهب صاعداً ، يشق جرية الماء ، وكان مع ذلك كبيرهم وسيدهم ، وعالمهم، وإمامهم، ونبيهم ، صلوات الله ، وسلامه عليه ، وعلى سائر النبيين»[1] .

الدليل على مشروعية القرعة :

١ - يقول جل جلاله : « ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون » .

قال ابن عباس: « لما وضعت - بضم الواو - مريم فى المسجد اقترع عليها أهل المصلى ، وهم يكتبون الوحى ، فاقترعوا بأقلامهم أيهم يكفلها»[2] .

٢ - قال تعالى : « وإن يونس لمن المرسلين، إذ أبق إلى الفلك المشحون، فساهم فكان من المدحضين » أى فقارع فكان من المغلوبين .

فهذان نبيان كريمان استعملا القرعة .

٣ - وفى الصحيحين عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « لو يعلم الناس ما فى النداء ، والصف الأول ، ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا » .

---

(١) مختصر تفسير ابن كثير المجلد الأول ص ٢٨٢ للأستاذ محمد على الصابونى.
وصفوة التفاسير ، من تفسير سورة آل عمران للأستاذ محمد على الصابونى .
(٢) الطرق الحكمية ص ٤١٦ .

٤ ـ وفى الصحيحين أيضاً عن عائشة : « أن النبى ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه »[1] .

٥ ـ وفى صحيح مسلم عن عمران بن حصين : « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له ، عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله ﷺ ، فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ، وقال له قولا شديداً » .

٦ ـ وفى صحيح البخارى عن أبى هريرة : « أن رسول الله ﷺ عرض على قوم اليمين ، فسارعوا إليه فأمر أن يسهم بينهم فى اليمين : أيهم يحلف » .

٧ ـ وفى الصحيحين عن عبد بن رافع مولى أم سلمة ، عن أم سلمة قالت : « أتى رسول الله ﷺ رجلان ، يختصمان فى مواريث لهما ، لم تكن لهما بينة إلا دعواهما ، فقال : إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه بشىء فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار » .

ورواه أبو داود فى السنن ، وفيه : « فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقى لك ، فقال لهما النبى ﷺ : أما إذا فعلتما ما فعلتما فاقتسما ، وتوخيا الحق ، ثم استهما ، ثم تحالا » .

فهذه السنة ـ كما ترى ـ قد جاءت بالقرعة ، كما جاء بها القرآن الكريم ، وفعلها أصحاب رسول الله ﷺ بعده .

قال البخارى فى صحيحه : « ويذكر أن قوما اختلفوا فى الأذان ، فأقرع بينهم سعد » .

---

(١) سبل السلام للصنعانى ج ٢ ص ١٠٧٠ .

وقد قال أحمد فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، وجعفر بن محمد : القرعة جائزة .

وقال المروذى : قلت لأبى عبد الله : إن ابن أكثم يقول : إن القرعة قمار ، قال : هذا قول ردىء خبيث .

ثم قال : كيف ؟ وقد يحكمون هم بالقرعة فى وقت ما إذا قسمت الدار ، ولم يرض الشركاء ، قالوا : يقرع بينهم ، وهو يقول : لو أن رجلا له أربع نسوة ، فطلق إحداهن ، وتزوج الخامسة ، ولم يدر أيتهن التى طلق . قال : يورثهن جميعاً ، ويأمرهن أن يعتددن جميعاً » .

وقد ورث من لاميراث لها ، وقد أمر أن تعتد من لاعدة عليها ، والقرعة تصيب الحق ، فعلها النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال أبو الحارث : كتبت إلى أبى عبد الله أسأله ، فقلت : إن بعضا ينكر القرعة ، ويقول : هى قمار اليوم ، ويقول : هى منسوخة . فقال أبو عبد الله من ادعى أنها منسوخة فقد كذب ، وقال الزور . القرعة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أقرع فى ثلاثة مواضع : أقرع بين الأعبد الستة ، وأقرع بين نسائه لما أراد السفر ، وأقرع بين رجلين تدرءا فى دابة ، وهى فى القرآن فى موضعين[1] وقد تقدم ذكر الآيتين .

القرعة عند المالكية :

متى لا يجوز الإقراع عندهم ؟

قال القرافى : متى تعينت المصلحة ، أو الحق فى جهة فلا يجوز الإقراع

---

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣٢٨ ، وماقبلها ملخصاً .

بينه ، وبين غيره ؛ لأن فى القرعة ضياع ذلك الحق المعين، والمصلحة المتعينة.

متى تشرع القرعة ؟ :

ويقول القرافى : متى تساوت الحقوق ، والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعاً للضغائن ، والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار .

وهذه أمثلة مما تجرى فيه القرعة عند المالكية :

١ - تجرى فى اختيار الأئمة ، والمؤذنين ، إذا استووا .

٢ - فى التقدم للصف الأول للصلاة ، عند الازدحام والحضور فى وقت واحد ، والتساوى .

٣ - فى الحضانة ، عند تعدد الحاضنات ، والتساوى .

٤ - عند السفر ، إذا كان الزوج له أكثر من زوجة وأراد أن يأخذ واحدة ، وتساووا .

٥ - فى القسمة بين الشركاء فى الأنصباء ، إذا تساووا فى الأنصباء .

٦ - إذ اختلف المتبايعان ، وقلنا : إنهما يتحالفان ، ويتفاسخان ، واختلف فيمن يبدأ بحلف اليمين ، ففيه أقوال : أحدها : أنه يقرع بينهما ، والمشهور تقديم البائع .

٧ - كتابة الوثائق ، والمكاتيب فرض على من يعلمها ؛ فإذا لم يكن فى البلد إلا شخص واحد تعين عليه القيام بالكتابة ، وإن كانوا جماعة كانت الكتابة من فروض الكفاية ، إذا قام بها شخص سقط الفرض عن الباقين .

وإن امتنع جميعهم عن الكتابة اقترعوا ، فمن خرج اسمه قام بالكتابة[1].

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، الفروق للقرافى جـ ٤ ص ١١١ .

الطلاق :

من مواضع القرعة عند الإمام أحمد ، إذا طلق امرأة من نسائه، لا يدرى أيتهن هى فقد قال الإمام أحمد فى رواية الميمونى : إن مات قبل أن يقرع بينهن يقوم وليه فى هـذا مقامه ، يقرع بينهن ، فأيتهن وقعت عليها القرعة لزمته » .

وقال مهنا : سألت أحمد عن رجل قال لامرأتين له : إحداكما طالق ، قال: قد اختلفوا فيه ، قلت : ترى أن يقرع بينهما ؟ قال : نعم . قلت : وتجيز القرعة فى الطلاق ؟ قال : نعم .

وقال فى رواية الميمونى ، فيمن له أربع نسوة طلق واحدة منهن ، ولم يدر يقرع بينهن ، فإن أقرع بينهن ، فوقعت القرعة على واحدة ، ثم ذكر التى طلق ـ رجعت هذه ويقع الطلاق على التى ذكر. وإن كان الحاكم قد أقرع بينهن لم ترجع إليه .

وقال أبو الحارث عن أحمد فى رجل له نسوة طلق إحداهن ، ولم تكن له نية فى واحدة بعينها : يقرع بينهن ، فأيتهن أصابتها القرعة فهى المطلقة ، وكذلك إن قصد إلى واحدة بعينها ، ثم نسيها .

دليل المقرعين :

إن الله سبحانه ، وتعالى جعل القرعة طريقا إلى الحكم الشرعى فى كتابه، وفعلها رسول الله ﷺ ، وأمر بها ، وحكم بها على بن أبى طالب .

وكل قول غير القول بها ، فإن أصول الشرع ، وقواعده ترده .

والقول بالقرعة مذهب على بن أبى طالب ، رضى الله تعالى عنه ، قال

وكيع : سمعت عبد الله قال : سألت أبا جعفر عن رجل له أربع نسوة ، فطلق إحداهن ، لا يدرى أيتهن طلق فقال على : يقرع بينهن .

عند المالكية :

لو شك الرجل هل طلق واحدة من نسائه ، أو أكثر - فالجميع يطلقن عليه ، وذلك كأن يقول لزوجاته : إحداكن طالق ، وعينها ونسى التى عينها .

أما إذا قال : إحداكن طالق ، ولم ينو معينة - فطلاق الجميع فى هذه المسألة هو قول المصريين ، وقال المدنيون : يختار واحدة للطلاق[1] .

والقول بالطلاق هنا : لأجل الاحتياط ، ونفى التحكم .

القرعة عند الحنفية :

نص الحنفية على إجراء القرعة بعد قسمة ، الأشياء المشتركة بين أكثر من واحد وذلك لتعيين نصيب كل شريك ، وعلى من يقسم الأشياء المشتركة مراعاة العدل .

وإنما يقرع بين الشركاء لتطييب قلوبهم ؛ وذلك لأن الحق ثابت قبل إجراء القرعة ، بخلاف المقامرة فإنها حرام ؛ لأنها لا حق فيها لأحد ، ولا حق قبل إجراء القرعة ، ولا بعدها[2] .

كما نص الحنفية أيضاً على إجراء القرعة بين زوجات رجل أراد أن يسافر بإحداهن ، وذلك تطييباً لقلوبهن ، ونفياً لتهمة الميل عن نفسه[3] .

---

(١) الشرح الصغير ، وحاشية الشيخ أحمد محمد الصاوى ج ٢ ص ٤١٠ .

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٤٩٣ .

(٣) المبسوط للسرخسى ج ٥ ص ٢١٩ .

مَبحث

فى القضاء بتوخى العدل والمصلحة

إن الله سبحانه أرسل رسله ، وأنزل كتبه ؛ ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذى قامت به الأرض والسموات ، فإذا ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأى طريق كان - فثم شرع الله ، ودينه والله سبحانه أعلم ، وأحكم ، وأعدل .

ولقد بين سبحانه بما شرعه من الطرق ، الموصلة للحق أن الواجب على الناس أن يحكموا بالعدل .

فقد حبس رسول الله ﷺ - شخصاً فى تهمه ، وعاقب آخر فى تهمة ، لما ظهرت أمارات الريبة على المتهم ، فمن أطلق كل متهم ، وحلفه وخلى سبيله ، مع علمه باشتهاره بالفساد فى الأرض وكثرة سرقاته ، وقال : لا آخذه إلا بشاهدى عدل ، فقوله هذا مخالف لقواعد الشرع .

وهم بتحريق بيوت تاركى الجماعة ، فعن أبى هريرة رضى الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : والذى نفسى بيده لقد هممت أن آمر بحطب فيحتطب ، ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ، ثم آمر رجلا فيؤم الناس ، ثم أخالف إلى رجال لا يشهدون الصلاة ، فأحرق عليهم بيوتهم ، متفق عليه واللفظ البخارى[1]

---

(١) فقه الإسلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر تأليف الشيخ عبد القادر شيبة الحمد جـ ٢ ص ٨٣ .

معين الحكام للطرابلسى ص ١٧٢ .

وفائدة قوله : « لقد هممت » تقديم الوعيد ، والتهديد على العقوبة ؛ لأن المفسدة إذا اندفعت بالأخف من الزواجر لم يعدل إلى الأعلى .

وضاعف الرسول ﷺ الغرم على سارق ما لا قطع فيه ، مع ضرب السارق هذا جلدات نكالا ، وتأديباً .

وضاعف الغرم على كاتم الضالة عن صاحبها ، وقال فى تارك الزكاة : « إنا آخذوها منه وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا » وأمر بكسر دنان الخمر ، وأمر بكسر القدور التى طبخ فيها اللحم الحرام ، ثم نسخ عنهم الكسر ، وأمرهم بالكسر ، مراعياً فى ذلك الظروف والأحوال ، وأمر المرأة التى لعنت ناقتها أن تخلى سبيلها ، وأمر بقتل شارب الخمر بعد المرة الثالثة والرابعة ، ولم ينسخ ذلك ، ولم يجعله حداً لابد منه ، بل هو بحسب المصلحة يفوض إلى رأى الإمام ، وأمر بإمساك اليهودى الذى رضخ رأس الجارية بين حجرين ، والذى أومأت الجارية برأسها أنه رضخه بين حجرين ، فأخذ اليهودى فأقر ، فرضخ رأسه . وهذا يدل على جواز أخذ المتهم ، إذا قامت قرينة التهمة ، وحكم أبو بكر بحرق اللوطية .

أحكام عمر التى رأى موافقتها للمصلحة وقيادة الناس :

حرق عمر بن الخطاب رضى الله عنه حانوت الخمار بما فيه ، وحرق قرية يباع فيها الخمر ، وحرق قصر سعد بن أبى وقاص لما احتجب فى قصره عن الرعية ، فذكر الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى مسائل ابنه صالح : أنه دعا محمد ابن مسلمة ، فقال : « اذهب إلى سعد بالكوفة ، فحرق عليه قصره ، ولا تحدثن حدثا حتى تأتينى » فذهب محمد إلى الكوفة فاشترى .. حزمة حطب ، وشرط على من اشتراها منه حملها إلى قصر سعد . فلما وصل إليه ألقى الحزمة فيه ، وأضرم

فيها النار ، فخرج سعد فقال : « ما هـذا ؟ » قال : « عزمة أمير المؤمنين » فتركه حتى احترق ، ثم انصرف إلى المدينة ، فعرض عليه سعد نفقة ، فأبى أن يقبلها ، فلما قدم على عمر قال له : « هلا قبلت نفقته ؟ » فقال : « إنك قلت : لا تحدثن حدثا حتى تأتيني » .

ومن أحكام عمر أيضاً :

أنه حلق رأس نصر بن حجاج ، ونفاه من المدينة لتشبيب النساء به ، وضرب صبيغ بن عسل التميمي على رأسه لما سأل عما يعنيه .

وصادر عماله ، فأخذ شطر أموالهم لما اكتسبوها بجاه العمل ، واختلط ما يختصون به بذلك ، فجعل أموالهم بينهم ، وبين المسلمين شطرين .

وألزم الصحابة أن يقلوا الحديث عن رسول الله ﷺ خوفا من أن يشتغلوا به عن القرآن ، وذلك كان اجتهاداً منه .

موقف عمر رضي الله عنه من الطلاق الثلاث :

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: ومن ذلك - أى الذى تقدم - إلزامه للمطلق ثلاثا بكلمة واحدة بالطلاق - أى الثلاث - وهو يعلم أنها واحدة ، ولكن لما أكثر الناس منه رأى عقوبتهم بإلزامهم به ، ووافقه على ذلك رعيته من الصحابة رضي الله عنهم ، وقد أشار إلى ذلك ، فقال :

« إن الناس قد استعجلوا فى شىء كانت لهم فيه أناة ، فلو أنا أمضيناه عليهم ؟» فأمضاه عليهم ؛ ليقلوا منه فإنهم إذا علموا أن أحدهم إذا أوقع الثلاث جملة واحدة وقعت وأنه لا سبيل له إلى المرأة - أمسك عن ذلك ، فكان الإلزام به عقوبة منه ؛ لمصلحة رآها ، ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت

في زمن النبي ﷺ وعهد أبي بكر – كانت تجعل واحدة ، بل مضى على ذلك صدر من خلافته ، حتى أكثر الناس من ذلك وهو اتخاذ لآيات الله هزوا .

وفي سنن النسائي من حديث محمود بن لبيد « أن رجلا طلق امرأته ثلاثا ، على عهد رسول الله ﷺ فبلغ ذلك رسول الله ﷺ ، فقال :

أيلعب بكتاب الله ، وأنا بين أظهركم ؟ فقال رجل : ألا أضرب عنقه يا رسول الله ؟ فلما أكثر الناس من ذلك عاقبهم به ، ثم إنه ندم على ذلك قبل موته ، كما ذكره الإسماعيلي في مسند عمر[1] .

ومن ذلك ما فعله عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه : فإنه لما خاف على الأمة أن يختلفوا في القرآن،ويفترق الناس فيه جمع الأمة على مصحف واحد، وأمر بتحريق المصاحف الأخرى : لما رأى لهم من المصلحة في ذلك ، ووافقه الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – ورأوا ذلك مصلحة للأمة .

ومن ذلك ما فعله علي بن أبي طالب – رضي الله عنه :

فقد بعثه رسول الله ﷺ ، هو والزبير بن العوام ، في أثر المرأة ، التي كتب معها حاطب بن أبي بلتعة كتاباً ، وجعل لها عليه جعلا ، على أن توصله إلى قريش يخبرهم في الكتاب بما عزم عليه رسول الله ﷺ ، من المسير إليهم في غزوة الفتح ، فجاء الخبر لرسول الله ﷺ ، من الله ، فخرج علي ابن أبي طالب ، والزبير في أثر المرأة ، حتى أدركاها ، فاستنزلاها ، والتمسا في رحلها الكتاب ، فلم يجدا شيئاً ، فقال لها علي رضي الله تعالى عنه : أحلف

---

(١) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٠٣ وما قبلها ، والمغني لابن قدامة جـ ٧ ص ١٠٤ وما قبلها .

بالله ما كذب رسول الله ﷺ ، ولا كذبنا ، ولتخرجن هذا الكتاب ، أو لنكشفنك ، فلما رأت الجد منه استخرجت الكتاب من قرون رأسها ، وكانت قد جعلته في شعرها ، وفتلت عليه قرونها ، فدفعته إليه ، فأتى به رسول الله ﷺ ، واعتذر حاطب بإنما فعل ذلك مصانعة لهم ، لما له عندهم من ولد ، وأهل ، ومال ، فأنزل الله تعالى[1] : (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة)[2] .

فهذه الطريقة التي استخرج بها الكتاب تعد نموذجا بارعاً في فن التحقيق، واستخراج الحقوق .

وقد استعمل فيها التهديد ، والتخويف ؛ لما في ذلك من المصلحة وقد سبقت في ذلك أمثلة كثيرة .

ومن أدلة العمل بالمصلحة المطلقة أيضاً :

القواعد الشرعية :

ثبت فيما سبق قيام الدليل على أن العمل بالمصلحة موافق للشريعة الإسلامية .

وهنا يقال : إن قواعد الشرع تشهد لذلك من وجوه :

أحدها : الفساد قد كثر في العصور المتأخرة ، بخلاف العصر الأول ووجدت أحوال ، وظروف لم توجد في العصر الأول ، وكذلك جرائم وحوادث ، ومقتضى ذلك أن يكون لها من الأحكام ما يناسبها وبحيث

---

(١) معين الحكام ص ١٧٢ .

(٢) سورة الممتحنة .

لا تخرج عن الشرع ؛ لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج .

ثانيها : أن الصحابة — رضوان الله عليهم — عملوا أموراً لمطلق المصلحة نحو كتابة المصحف الشريف ، ولم يتقدم فيها أمر ، ولا نظير ، وولاية العهد من أبي بكر رضى الله عنهما ، ولم يتقدم فيها أمر ، ولانظير . وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة من الأمة ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين ، واتخاذ السجن ، وغير ذلك مما فعله عمر — رضى الله عنه — وهدم المبانى التى كانت بإزاء مسجد الرسول ﷺ ، والتوسعة بها فى المسجد عند ضيقه ، وغير ذلك كثير جداً ، فعل لمطلق المصلحة .

ثالثها : أن الشرع شدد فى الشهادة أكثر من الرواية ، لتوهم العداوة بين الشاهد ، والمشهود عليه ، فاشترط فيها العدد ، والحرية ، ولم يشترط ذلك فى رواية الحديث ووسع فى كثير من العقود ، كالعرايا ، والمساقاة وغيرها من العقود المستثناة ، وضيق فى الشهادة فى الزنى ، فلم يقبل فيه إلا أربعة يشهدون بالزنى ، كالمرود فى المكحلة ، وقبل فى القتل شاهدين ، والدماء أعظم ، لكن المقصود فى الزنى الستر ، والحد فيه حق الله تعالى ، وهو العفو الكريم يحب العفو . والقصاص حق العبد ، والعبد شحيح يميل إلى استيفاء حقه .

ولم يحوج الزوج الذى جرى اللعان بينه وبين امرأته التى قذفها بالزنى إلى بينة غير أيمان اللعان ، ولم يوجه عليه حد القذف ، بخلاف سائر القذفة ؛ لشدة الحاجة إلى الدرء عن الإنسان ، وصون العيال ، والفراش عن أسباب الارتياب ، وهذه المباينات ، والاختلافات كثيرة فى الشرع ؛ لاختلاف الأحوال ؛ فلذلك ينبغى أن يراعى اختلاف الأحوال فى الأزمان .

رابعها : أن الأحكام المبنية على المصلحة لها ما يساندها من الأدلة .

وقد قال بعض العلماء : إن لم نجد فى جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم ، ويلزم مثل ذلك فى القضاة ، وغيرهم ؛ لئلا تضيع المصالح ، وتتعطل الحقوق ، والأحكام ؛ فإن التكليف يكون بالوسع وقد قال عمر بن عبد العزيز : « سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

خامسها : أن الشرع وسع للمرضع فى النجاسة اللاحقة لها من الصغير ، بما لم نشاهده ، كثوب الإرضاع ، ووسع فى زمان المطر فى طين المطر، كما ذكره الإمام محمد فى طين بخارى ، على ما فيه من القذر ، والنجاسة ، ووسع لأصحاب القروح فى كثير من نجاستها ، ووسع لصاحب البراسير فى بللها ، وجوز الشارع ترك أركان الصلاة ، وشروطها ، إذا ضاق الحال : كصلاة الخوف ، ونحوها ، وذلك فى الشرع .

ولذلك قال الشافعى : ما ضاق شىء إلا اتسع ، يشير إلى هذا الموطن ، فكذلك إذا ضاق علينا الحال فى درء المفاسد اتسع كما اتسع فى تلك المواطن .

سادسها : أن أول بدء الإنسان ، من زمن آدم عليه السلام ، كان الحال بالنسبة للزواج ضيقاً ، فأبيح زواج الأخت لأخيها ، فلما اتسع الحال ، وكثرت الذرية حرم ذلك وكانت التوبة فيما مضى بقتل الشخص نفسه ، وإزالة النجاسة بقطعها ، إلى غير ذلك من التشديدات ثم جاء آخر الزمان ، وضعف الجسد ، وقل الجلد ، فلطف الله تعالى بعباده ، فقبل التوبة بغير قتل الشخص نفسه وإزالة النجاسة بغير القطع ، وذلك من لطف الله

عز وجل بعباده ، وسنته الجارية فى خلقه[1] .

هل القاضى أن يأخذ بالأحكام المبنية على مطلق المصلحة ؟

إذا ثبت فيما مضى قيام الدليل على أن المصلحة السابقة من الطرق الشرعية فهل للقضاة أن يأخذوا بالأحكام لأجل هذه المصلحة ؟ وهل لهم أن يأخذوا بها فيما رفع إليهم من اتهام اللصوص ، وأهل الشر ، والتعدى ؟ وهل لهم الحكم بالقرائن التى يظهر بها الحق ، ولا يقفوا على مجرد الإقرار ، وقيام البينات ؟ وهل لهم أن يهددوا الخصم إذا ظهر أنه مبطل ؟ أو ضربه ، أو سؤاله عن أشياء تدل على صورة الحال ؟

والجواب : أن نصوص أهل المذهب المالكى من الأندلسيين ـ صريحة فى أن لهم الأخذ بذلك .

ونقل القرافى فى كتابه الذخيرة ماذكره الماوردى من الأحكام السلطانية فى الكلام على ولاية الكشف عن المظالم ، وفى أحكام الجرائم ، وكلامه فيهما يقتضى أن القاضى ليس له ذلك ، ولا مدخل له فيه[2] .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ملخصا ، ومعين الحكام للطرابلسى ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ملخصا .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٤١ ، ١٤٢ ، معين الحكام ص ١٧٣ .

الفرق بين والى المظالم وبين القضاة

أولا : قال القرافى نقلا عن الماوردى فى مجال التفرقة بين والى المظالم ، وبين القضاة : والفرق بين والى المظالم وبين القضاة من عشرة أوجه :

١ — لناظر المظالم من القوة ، والهيبة ، ما ليس لهم .

٢ — أنه أفسح مجالا ، وأوسع مقالا .

٣ — أنه يستعمل من الإرهاب ، وكشف الأشياء بالأمارات الدالة ، وشواهد الأحوال القائمة ، مما يؤدى إلى ظهور الحق بخلاف القضاة .

٤ — أنه يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ، بخلافهم .

٥ — أنه يتأنى فى ترداد الخصوم عند اللبس ، ليمعن فى الكشف ، بخلاف القضاة ، إذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم لا يؤخرونه .

٦ — له رد الخصوم ، إذا عضلوا إلى وساطة الأمناء ، ليفصلوا بينهم ، صلحا عن تراض ، وليس ذلك للقضاة إلا برضا الخصمين .

٧ — له أن يفسح فى ملازمة الخصمين ، إذا وضحت أمارات التجاحد ، ويأذن فى إلزام من عليه الحق بالكفالة فيما يشرع فيه التكفل ؛ لينقاد الخصوم إلى التناصف ، ويتركوا التجاحد ، بخلاف القضاة .

٨ — أنه يسمع شهادة مستورى الحال ، بخلاف القضاة .

٩ — له أن يحلف الشهود ، إن ارتاب فيهم ، بخلاف القضاة .

١٠ — أنه يبتدىء باستدعاء الشهود ، وسؤالهم عما عندهم فى القضية ، بخلاف القضاة ، فإنهم لا يسمعون البينة حتى يريد المدعى إحضارها ، ولا يسمعونها إلا بعد طلب المدعى بسماعها .

الرد على ذلك :

قال صاحب التبصرة : ونصوص المذهب تقتضى : أن للقاضى تعاطى أكثر هذه الأمور ، فقد قال سحنون : ينبغى للقاضى أن يشتد حتى يستنطق ولا يدع من حق الله تعالى شيئا ، ويلين فى غير ضعف ، نقله ابن بطال فى المقنع ، وهذا نص فى استعمال القوة والهيبة .

وأما الأخذ بقرائن الأحوال : فقد نقل ابن قيم الجوزية : أن مالكا ـ رحمه الله تعالى ـ ذهب إلى التوصل إلى الإقرار بالحق بما يراه الحاكم ، وذلك مستند إلى قوله تعالى : « إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين »[1] .

وللقاضى أن يأخذ بالأمارات ، والقرائن ، فى وجوه كثيرة ، وقد سبق الكلام على ذلك .

وسئل مالك رحمه الله تعالى : أيكره للسلطان أن يأخذ الناس بالتهمة ، فيخلو ببعضهم ، فيقول : لك الأمان ، وأخبرنى ، فيخبره ؟ فقال : أى والله ، إنى لأكره ذلك ، أن يقوله لهم ، ويغرهم ، وهو من وجه الخديعة ، قال ابن رشد :

ووجه الكراهة : أنه إذا قال له ذلك ، فهو من نوع الإكراه على الإخبار . ولعله يخبره بالباطل لينجو من عقابه ، فإقراره على نفسه من باب الإقرار تحت الوعيد ، والتهديد ، لا يلزمه .

وأما مقابلة من ظهر ظلمه بالتأديب فهذا هو المذهب عند المالكية .

وأما تأنيه فى ترديد الخصوم عند اللبس ليمعن فى الكشف : فهذا هو

المذهب عند المالكية ، ومن ذلك أنه إذا طال الخصام فى أمر ، وكثر التشغيب فيه ، فلا بأس للقاضى أن يحرق كتبهم إذا رجا بذلك تقارب أمرهم ويفسخ ما بأيديهم من الحجج ، ويأمرهم بابتداء التحاكم .

وأما رد الخصوم إلى وساطة الأمناء ، ليفصلوا بينهم بالصلح : فقواعد المذهب ، ومسائله تقتضى ذلك عند المالكية ، فإن القاضى إذا خشى من تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بين الخصمين ، أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحم ـ سواء بينهما ، وأقامهما ، وأمرهما بالصلح .

وقد أقام سحنون رجلين من صالحى جيرانه من بين يديه ، وقال لهما : استرا على أنفسكما ، ولا تطلعانى على سركما ، وقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : ردوا القضاء بين ذوى الأرحام حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن .

وأما كونه يفسح فى ملازمة ، إذا وضحت أمارات التجاحد والتكاذب فعند المالكية : القاضى يؤدبهما على ذلك .

وأما كونه يسمع شهادات المستورين : المذهب عند المالكية أن القاضى يسمعها أيضاً فى مواطن عديدة .

وأما كونه يحلف الشهود ، إذا ارتاب منهم : فقد فعله قاضى القضاة ابن بشير قاضى الجماعة بقرطبة ، حلف شهوداً فى تركة : بالله تعالى أن ما شهدوا به لحق .

وروى عن ابن وضاح أنه قال : « بأن يحلف الحاكم الشهود » وابن وضاح ممن أخذ عن سحنون وأما كونه يستدعى الشهود ، ويسألهم

عما عندهم : فعند المالكية : أن للقاضى أن يفعل ذلك[1] فى بعض المواطن .

وجاء فى معين الحكام : « وأما كونه يستدعى الشهود ، ويسألهم عما عندهم : فعندنا أن القاضى أن يفعل ذلك فى مواطن إذا استراب ، ويفرق بينهم أيضاً[2] .

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ على هامش فتح العلى المالك

(٢) معين الحكام الطرابلسى الحنفى ص ١٧٥ ، والأحكام السلطانية ص ٨٣ ؛ ٨٤ للماوردى .

الفرق بين نظر القاضى ونظر والى الجرائم

ثانياً : قال ابن فرحون : وقال القرافى أيضاً فى الذخيرة مما نقله عن الماوردى ، فى الفرق بين نظر القاضى ، ونظر والى الجرائم . قال : ويمتاز والى الجرائم على القضاة بتسعة أوجه :

الأول : سماع قذف المتهوم من أعوان الإمارات ، من غير تحقيق الدعوى المعتبرة ، ويرجع إلى قولهم ، هل هو من أهل هذه التهمة ، أم لا ؟ فإن نزهوه أطلقه ، أو قذفوه بالغ فى الكشف .

والمعنى : أن هؤلاء الذين يتولون أمر الجرائم من غير القضاة – يسمعون كلام أعوانهم فى هؤلاء المتهمين ، فإن نزهوا المتهمين عن هذه التهم أطلقوا سراحهم وإن رموهم بالتهم المنسوبة إليهم بالغ هذا الذى يتولى أمر الجرائم فى الكشف .

الثانى : أنه يراعى شواهد الحال ، وأوصاف المتهم ، فى قوة التهمة ، وضعفها ، بأن كان المتهم بالزنى متصنعاً للنساء فتقوى التهمة ، أو متهماً بالسرقة ، وفيه آثار ضرب ، مع قوة بدن ، وهو من أهل الدعارة ، فتقوى ، أو لا يكون المتهم شيئاً من ذلك فتخف التهمة ، وليس ذلك للقضاة .

الثالث : تعجيل حبس المتهم ؛ للاستبراء ، والكشف ، ومدته شهر ، أو بحسب ما يراه ، بخلاف القضاة .

الرابع : يجوز له مع قوة التهمة ضرب المتهم ضرب تقرير ، لا ضرب حد ؛ ليصدق ، فإذا أقر ، وهو مضروب – اعتبرت حاله ، فإن ضرب ليقر لم يعتبر

إقراره تحت الضرب ، ولو صدق عن حاله قطع ضربه ، واستعاد إقراره ، فإن أقر بخلاف الإقرار الأول آخذه بالثاني، ويجوز العمل بالإقرار الأول ، مع كراهته ، وليس ذلك للقضاة .

الخامس : أن له فيمن تكررت منه الجرائم، ولم ينزجر بالحدود استدامة حبسه ، إذا استضر الناس بجرائمه حتى يموت ، ويقوته ، ويكسوه من بيت المال ، بخلاف القضاة .

السادس : أن له إحلاف المتهم ؛ لاختبار حاله ، ويغلظ عليه الكشف ، ويحلفه بالطلاق ، والعتاق ، والصدقة .. ولا يحلف القاضي أحداً في غير حق ، ولا يحلف إلا بالله .

السابع : أخذ المجرم بالتوبة قهراً ، ويظهر له من الوعيد ما يقوده إليها طوعاً ، ويتوعده بالقتل فيما لا يجب فيه القتل ؛ لأنه إرهاب ، لا تحقيق ، ويجوز أن يحقق وعيده بالأدب ، دون القتل ، بخلاف القضاة .

الثامن : له سماع شهادة (أهل التهم[1]) ، إذا كثر عددهم عن لا يسمعهم القاضي .

التاسع : أن له النظر في المواثبات ، وإن لم توجب غرماً لأحد ، ثم إن لم يكن بواحد منهما أثر سمع قول السابق بالدعوى ، وإن كان بأحدهما أثر

---

(١) اضطربت المراجع في هذه العبارة ، فمنها الذي يقول : أهل المتهوم. وبعضها يقول : « أهل المهن »، وبعضها يقول : « أهل الملل » ، والعبارة الأخيرة هي عبارة الماوردي في الأحكام السلطانية ، والكلام معها غير واضح في نظري ولا يتفق مع السياق ، ولذلك بعد توقف ، ونظر آثرت عبارة « أهل التهم » ، وإن لم أجدها في المراجع ؛ تمشياً مع المعنى .

فقيل : يبدأ بسماع دعوى ذى الأثر ، وقال الأكثرون : يبدأ بسماع السابق والمبتدىء بالمواثبة أعظم جرما ، وتأديبا ، ويختلف تأديبهما باختلافهما فى الجرم ، وباختلافهما فى الهيبة والتصاون .

وإن رأى والى الجرائم المصلحة فى قمع السفلة بإشهارهم بجرائمهم - فعل فهذه الوجوه التسعة فى مجرد الاتهام بالجرائم ، ويظهر بها الفرق بين الأمراء - أى ولاة الجرائم - والقضاة قبل ثبوت الجرائم[1] فأمابعد ثبوتها بالإقرار، بالبينة فيستوى فى إقامة حدودها الأمراء ، والقضاة .

الرد على ذلك :

فى تبصرة الحكام ، ومعين الحكام : أن للقاضى تناول كثير من هذه الأمور .

أما كونه يسمع وصف المتهم من أعوان الإمارة :

فقد استحبوا للقاضى أن يتخذ كاشفاً ، قد ارتضاه ، يكشف له عن أحوال الشهود ، فى السر ، ويقبل منه ما نقله إليه ، وقالوا : ينبغى له أن يستبطن أهل الدين والأمانة ،والعدالة،فيستعين بهم على ماهو بسبيله ويقوى بهم على التوصل إلى ما ينويه ، وقد أجازوا التجريح بواحد عدل ، إذا كان هذا العدل بمنزلة القاضى ، وأجازوا التجريح فى السر ، ويقبل القاضى ذلك من العدل الواحد ، وهذا مثل ما ذكره فى أعوان الإمارة .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ص ١٤٥ ، ١٤٦ ، معين الحكام الطرابلسى ص ١٧٥ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

وأما كونه يراعى شواهد الأحوال : فيجوز للقاضى مراعاة شواهد الأحوال ، كما ذكر فى الحكم بالقرائن .

وأما تعجيل حبس المتهم للاستبراء ، والكشف :

فذلك أيضاً للقاضى ، قال ابن سهل فى أحكامه :

من أتى القاضى متعلقاً برجل يرميه بدم وليه - فإن القاضى إذا جاءه مثل هذا ، فإن المدعى يحتاج إلى أن يثبت أنه ولى الدم ، فإذا أثبت للقاضى تعدد ولى الدم من قبل المدعى دمه ، كشف . هل له بينة على دعواه ؟ ، فإن ادعى ثبوت ذلك من يومه ، أو من الغد يحبس المدعى عليه ، وقد حبس رسول الله ﷺ رجلا فى تهمة دم يوما ، وليلة .

وإذا أثبت تعدد ولى الدم ، ولم تحضره بينة على الدم فهو على ضربين :

إن كان المدعى عليه متهما أطيل حبسه خمسة عشر يوما إلى ثلاثين .

وإن كان غير متهم فاليومان ، أو نحوهما يكفيان .

فإن أتى طالب الدم أثناء مدة الحبس - بسبب قوى - سقط هذا الحكم ، ووجبت الزيادة فى حبسه على ما يراه .

وأما كونه يجوز له مع قوة التهمة ضرب المتهم ضرب تقرير : فذلك يجوز للقاضى تناوله ، ولكن لا يخرج بذلك عن صفة ضرب الحدود ، ولا يعاقبهم بغير العقوبات الشرعية .

فنى البيان سئل مالك عن عذاب اللصوص بالدهن ، وبهذه الخنافس التى تحمل على بطونهم ، فقال : لا يحل هذا إنما هو السوط ، أو السجن . . وإنما هو الضرب فى الظهر بالسوط ، والسجن ، قيل له : أرأيت إن مات

بالسوط قال : إنما عليك ما عليك[١] .

ومن العقوبة على التهمة أيضا :

ما ورد أن المدعى عليه إذا أنكر السرقة فإن الإمام يعزره ، إذا وجده في موضع التهمة ، بأن رآه يمشي مع السراق ، أو رآه مع الفساق جالساً ، لا يشرب الخمر ، لكنه يجلس معهم في مجلس الفسق .

وعن عصام بن أبي يوسف : أنه دخل على حنان بن أبي حبلة ، وكان أميراً ، فأتى بسارق ، فقال الأمير : أي شيء يجب عليه ؟ قال : اليمين ، وعلى المدعى البينة .

قال الأمير : هاتوا السوط . . . فما ضرب عشرة أسواط حتى أقر ، وأتى بسرقته . قال عصام : سبحان الله ما رأيت ظلما أشبه بالعدل من هذا .

وأما قوله : إن له فيمن تكررت منه الجرائم ، ولم ينزجر بالحدود استدامة حبسه : فذلك مما يفعله القاضي ، وقد ورد في « الخلاصة » : والدعار يحبسون حتى تعرف توبتهم ، وأيضا فإن الإغلاظ على أهل الشر ، والقمع لهم ، والأخذ على أيديهم مما يصلح الله به العباد ، والبلاد ، ويقال : من لم يمنع الناس من الباطل لم يحملهم على الحق[٢] .

وأما كونه له إحلاف المتهم ؛ لاختبار حاله وأن له أن يحلفه بالطلاق :

فإن للقاضي أن يحلف المتهم ، وأما كون اليمين بالطلاق ففي معين الحكام نقلا عن « الفتاوى الصغرى » : التحليف بالطلاق ، والعتاق ، والأيمان المغلظة لم يجوزها أكثر مشايخنا ، فإن مست الضرورة يفتى . أن الرأي إلى القاضي -

---

(١) تبصرة الحكام ص ١٤٧ ج ٢ .

(٢) تبصرة الحكام ص ١٤٨ ج ٢ ، معين الحكام للطرابلسي ص ١٧٦ .

وأما كونه يأخذ المجرم بالتوبة قهراً: فلم يعثر على ذلك فى حق القاضى.

وأما كونه له سماع شهادات (أهل التهم[1]) : فإن للقاضى ذلك عند الضرورة ، وقد ذكر هذا فى شهادة غير العدول للضرورة.

وأما كونه له النظر فى المواثبات : فكثير من المسائل تدل على أن للقاضى ذلك.

وعلى الجملة : فإن على القاضى مدار الأحكام، وإليه النظر فى جميع وجوه القضاء ، من القليل ، والكثير ، بلا تحديد.

وذكر : أنه يختص بالنظر فى الجراحات ، والتدميات ، قال ذلك ابن سهل[2].

---

(١) هذه العبارة من عندى، بعد أن اضطربت عباراته الكتب . فمنها : « أهل المهن » ، ومنها « أهل الملل » ، وغير ذلك كما سبق.

(٢) معين الحكام للطرابلسى ص ١٧٩ ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٤٩ ، ١٥٠.

مبحث

فى هل للقاضى أن يقضى بناء على سد الذرائع ؟

والذريعة : الوسيلة إلى الشىء .

ومعنى القضاء بسد الذرائع : حسم مادة الفساد ووسائل الفساد ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منع من ذلك الفعل .

وهو مذهب مالك رحمه الله تعالى[1] .

الدليل على ذلك من الكتاب :

أما الكتاب فقوله تعالى: « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » فمتى خاف المسلم إذا سب دين الكفر يؤدى ذلك إلى سب الله ،أو رسله أوالإسلام ، أو أهله لم يجز له أن يسب دينهم ولا صلبانهم ، ولا يتعرض إلى ما يدعو إلى ذلك .

والدليل من السنة :

قوله عليه الصلاة والسلام : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »[2] رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح . وقوله عليه الصلاة والسلام :

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٣٧٦ على هامش فتح العلى المالك ، الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ١٣٠ .

(٢) البخارى جـ ٣ ص ٧٠ ، لكنه لم يرفع للرسول ﷺ ورياض الصالحين للإمام المحدث الحافظ محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووى ص ٢٦٨ ، وتحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى جـ ٧ ص ٢٢١ ، ٢٢٢ .

« إن الحلال بين ، وإن الحرام بين ، وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه »[1] جزء من حديث متفق عليه .

ووجه الاستدلال : أن الرسول ﷺ أمرنا بترك الأشياء التى نشك فيها سداً لذريعة الوقوع فيما لا يرضى الله تعالى وبين أن من اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه .

أقسام الذرائع :

قال القرافى : « الذريعة بإجماع الأمة على ثلاثة أقسام :

١ ـ القسم الأول : يعتبر[2] إجماعاً ، كحفر الآبار فى طريق المسلمين . . وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ .

٢ ـ القسم الثانى : ملغى[3] إجماعاً . . كالشركة فى سكنى الدار خشية الزنا .

٣ ـ القسم الثالث : مختلف فيه »[4] .

والمعنى ـ والله تعالى أعلم : أن القسم الأول تمنع فيه الذريعة ؛ لما يترتب عليها من الأضرار الكثيرة الواضحة ولا يمكن اتقاؤها فى كثير من الأحوال .

---

(١) البخارى جـ ٣ ص ٧٠ ، ورياض الصالحين من كلام سيد المرسلين للإمام المحدث الحافظ محيى الدين أبى زكريا يحيى بن شرف النووى ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(٢) أى يعتبر فيه منع الذريعة .

(٣) لا تمنع الذريعة فيه .

(٤) تبصرة الحكام على هامش فتح العلى المالك جـ ٢ ص ٣٧٧ .

والقسم الثانى : لا تمنع فيه الذريعة ، لأنه يمكن اتقاء المفسدة فى هذا القسم ، وفى منع السكنى هنا حرج كبير .

عند المالكية :

الحاصل عند المالكية : أن ما أدى إلى الواجب واجب ، وما أدى إلى الحرام حرام ، ولو لم يقصد الحرام ، كما أن ما أدى إلى الجائز جائز ، وعلى ذلك يمنع من البيوع ما أدى لممنوع يكثر قصده للمتابعين ، ولو لم يقصد بالفعل :

كسلف بمنفعة : أى كبيع أدى إلى ذلك ، كبيعه سلعة بعشرة لأجل ، ثم يشتريها بخمسة نقداً ، أو إلى أجل أقل فقد آل الأمر إلى رجوع السلعة لربها ، وقد دفع قليلا عاد إليه كثيراً ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيعة ، وهو أيضاً الشرطان فى البيع فى الحديث الآخر[1] .

وكبيع دين بدين : كما لو باع سلعة بعشرة لأجل واشتراها بثمن من جنس ما باع به ، وكان هذا الشراء للأجل ، وشرطا نفى المقاصة ، فالسلعة رجعت لصاحبها ، وكل منهما ابتدأ فى ذمة صاحبه دينا وهذا مجرد مثل .

وكذلك يمنع صرف مؤخر : كبيع أدى لذلك ، كما لو باع السلعة بعشرة دنانير لأجل ، واشتراها بمائة درهم حالة ، أو لأجل أقل ، أو أكثر ، أو للأجل نفسه[2] لتهمة الصرف المؤخر فى النقود .

---

(١) الشرح الصغير ج ٤ ص ١٥٤ ، أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٣ .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك ج ٤ ص ١٥٤ ، وحاشية الصاوى ج ٤ ص ١٥٤ ، وتبصرة الحكام ج ٢ ، ص ٣٧٧ .

وهذا مثال للقاعدة السابقة .

وسيلة المقصود تابعة للمقصود :

عرف ابن قيم الجوزية الذريعة بأنها : ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء .
وذكر ابن قيم الجوزية : أنه لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب ، وطرق تفضى إليها كانت طرقها ، وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات ، والمعاصى فى كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات ، والقربات فى محبتها ، والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهى مقصودة قصد الوسائل ، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً ، وله طرق ، ووسائل تفضى إليه - فإنه يحرمها ، ويمنع منها ؛ تحقيقاً لتحريمه ، وتثبيتاً له ؛ ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل ، والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى ، وعلمه يأبى ذلك كل الإباء ، على أن سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك فإن أحدهم إذا منع جنده ، أورعيته ، أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده .

وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحب الداء ، والناس من الطرق الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرمون إصلاحه .

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التى هى فى أعلى درجات الحكمة، والمصلحة، والكمال ؟

ومن تأمل مصادرها ، ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم ، بأن حرمها ، ونهى عنها[١] .

أقسام الذريعة عند ابن قيم الجوزية :

قسمها ابن قيم الجوزية إلى أربعة أقسام[٢] :

القسم الأول : وهو وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة .

وحكم هذا القسم : أنه يمنع على وجه الحرمة ، أو الكراهة بحسب درجاته في المفسدة ، ومثال ذلك : شرب المسكر المفضي إلى السكر .

القسم الثاني : وهو وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوسل إلى المفسدة ، كمن يعقد البيع قاصداً به الربا .

حكم هذا القسم : أنه لا يجوز الإتيان بفعل يكون وسيلة إلى حرام ، وإن كان جائزاً في ذاته .

القسم الثالث : وهو وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها ، وذلك مثل تزين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها .

حكم هذا القسم : هو حكم القسم السابق ، من أنه لا يجوز الإتيان بفعل يكون وسيلة وإلى حرام ، حتى لو كان الفعل الذي هو وسيلة جائزاً في حد ذاته ، ولو قال ابن قيم في القسم الثاني والثالث : تمنع الوسيلة كراهة ، أو تحريماً ، لكان أولى حتى يشمل المنع حالة الكراهة .

---

(١) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية جـ ٣ ص ١٧٥ بتصرف .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧٧ ، وأصول الإمام أحمد الدكتور عبد الله ابن عبد المحسن التركي ص ٤٥٣ .

القسم الرابع : وهو وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تفضى إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها .

ومثال هذا القسم : النظر إلى المخطوبة ، والمرأة التي يشهد عليها ، ونحو ذلك .

فالشريعة جاءت بإباحة هذا القسم ، أو استحبابه ، أو إيجابه بحسب درجاته في المصلحة[١] .

وقد ذكر ابن قيم الجوزية أدلة على أنه لا يجوز الإتيان بفعل يكون وسيلة إلى الحرام ، حتى ولو كان هذا الفعل جائزاً بالنظر إلى ذاته فقط ، وهذه الأدلة نوردها فيما يلي :

استدل على المنع من وجوه :

الوجه الأول : قوله تعالى « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم »[٢] .

فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين ـ مع كون السب إغاظة لهم ، وإهانة وحمية لله تعالى ـ حرم ذلك لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم ، وهذا كالتنبيه ، بل كالتصريح على المنع من الجائز لئلا يكون سببا في فعل ما لا يجوز .

الوجه الثاني : قوله تعالى (ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن)[٣] فمنعهن من الضرب بالأرجل ، وإن كان جائزاً في نفسه ؛ لئلا يكون

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧٦ ، ١٧٧ مع تصرف .

(٢) سورة الأنعام ١٠٨ .

(٣) سورة النور من آية ٣١ .

سبباً إلى سماع الرجال صوت الخلخال ، فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن .

الوجه الثالث : قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات)[1] أمر الله تعالى مماليك المؤمنين ، ومن لم يبلغ منهم الحلم أن يستأذنوا عليهم في هذه الأوقات الثلاثة ، لئلا يكون دخولهم هجما ، بغير استئذان في هذه الأوقات ذريعة إلى اطلاعهم على عوراتهم وقت إلقاء ثيابهم عند القائلة ، والنوم واليقظة ، ولم يأمرهم بالاستئذان في غيرها ، وإن أمكن في تركه هذه المفسدة ، وذلك لندرتها ، وقلة الإفضاء إليها ، فجعلت كالمنعدمة .

الوجه الرابع : قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا)[2] نهاهم سبحانه أن يقولوا هذه الكلمة — مع قصدهم بها الخير — لئلا يكون قولهم ذريعة إلى التشبه باليهود في أقوالهم ، وخطابهم ؛ فإن اليهود كانوا يخاطبون بها النبي ﷺ ، ويقصدون بها السب فنهى الله تعالى المسلمين عن قولها ؛ سداً لذريعة المشابهة لليهود ؛ ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي ﷺ ؛ تشبها بالمسلمين ، ويقصدون بها غير ما يقصده المسلمون ؛ ولئلا يخاطب بلفظ يحتمل معنى فاسداً .

الوجه الخامس : قوله تعالى لكليمه موسى ، وأخيه هارون (اذهبا إلى فرعون إنه طغى ، فقولا له قولا لينا لعله يتذكر أو يخشى)[3] .

---

(١) سورة النور من الآية ٥٨ .

(٢) البقرة من الآية ١٠٤ .

(٣) سورة طه .

فأمر الله تعالى أن يلينا القول لأعظم أعدائه ، وأشدهم كفراً ، وأعتاهم عليه ؛ لئلا يكون إغلاظ القول له ـ مع أنه حقيق به ـ ذريعة إلى تنفيره ، وعدم صبره ، لقيام الحجة عليه ، فنهاهم عن الجائز ، لئلا يترتب عليه ما هو أكره إليه تعالى .

الوجه السادس : أنه تعالى نهى المؤمنين فى مكة عن الانتصار باليد ، وأمرهم بالعفو ، والصفح ؛ لئلا يكون انتصارهم ذريعة إلى وقوع ما هو أعظم مفسدة من مفسدة الإغضاء ، واحتمالهم الضيم ، ومصلحة حفظ نفوسهم ، ودينهم وذريتهم راجحة على مصلحة الانتصار ، والمقابلة .

الوجه السابع : أنه تعالى نهى عن البيع وقت نداء الجمعة ؛ لئلا يتخذ ذريعة إلى التشاغل بالتجارة عن حضور صلاة الجمعة .

الوجه الثامن : ما رواه حميد بن عبد الرحمن عن عبد الله ابن عمر أن رسول ﷺ قال : « من الكبائر شتم الرجل والديه ، قالوا : يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه ؟ قال : نعم يسب أبا الرجل فيسب فيسب أمه أباه ، ويسب أمه »[1] فجعل رسول الله ﷺ الرجل سابا لاعنا لأبويه بتسببه إلى ذلك ، وتوسله إليه ، وإن لم يقصده .

الوجه التاسع : أن النبى ﷺ كان يكف عن قتل المنافقين ، مع كونه مصلحة ؛ لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه ، وقولهم : إن محمداً يقتل أصحابه ، فإن هذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه ، ومن لم

---

(١) الأدب المفرد للبخارى ص ١٨ تحقيق وتعليق وترقيم فضيلة الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى ، وسبل السلام ج ٤ ص ١٥٤١ .

يدخل فيه ، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

الوجه العاشر : أن الله تعالى حرم الخمر ؛ لما فيها من المفاسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل ، وحرم القطرة الواحدة منها ؛ لئلا تتخذ القطرة ذريعة إلى أكثر منها .

الوجه الحادى عشر : أنه ﷺ حرم الخلوة بالأجنبية ، ولو فى إقرائها القرآن ، والسفر بها ، ولو فى الحج ، وزيارة الوالدين ؛ سداً لذريعة الفتنة، وغلبة الطباع .

الوجه الثانى عشر : أن الله تعالى أمر بغض البصر - وإن كان إنما يقع على محاسن الخلقة والتفكر فى صنع الله - سداً لذريعة الشهوة المفضية إلى المحظور .

الوجه الثالث عشر : أن النبى ﷺ نهى عن بناء[1] المساجد على القبور، ولعن من فعل ذلك ، ونهى عن تجصيص[2] القبور ، وتشريفها واتخاذها مساجد ، وعن الصلاة إليها ، وعندها ، وعن إيقاد المصابيح عليها ، وأمر بتسويتها ، ونهى عن اتخاذها عيداً ، وعن شد الرحال إليها .

الوجه الرابع عشر : أنه ﷺ نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس ، وعند غروبها وكان من حكمة ذلك أنهما وقت سجود المشركين للشمس، وكان النهى

---

(١) سبل السلام جـ ١ ص ٢٥٥ ، ٢٥٧ .

(٢) رياض الصالحين ص ١٢٤ للحافظ محيى الدين أبى زكريا بن يحيى النووى، أوضح المعانى مصطفى عمارة .

عن الصلاة لله تعالى فى ذلك الوقت ؛ سداً لذريعة المشابهة الظاهرة التى هى ذريعة إلى المشابهة فى القصد مع بعد هذه الذريعة ، فكيف بالذرائع القريبة ؟ ونهى ﷺ عن التشبه بأهل الكتاب فى أحاديث كثيرة .

الوجه الخامس عشر : أنه ﷺ حرم الجمع بين المرأة ، وعمتها ، والمرأة ، وخالتها وقال : « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم حتى ولو رضيت المرأة بالجمع فى هذا الزواج .

الوجه السادس عشر : أنه ﷺ حرم نكاح أكثر من أربع زوجات ، لأن ذلك ذريعة إلى الجور ، وقيل العلة فيه أنه ذريعة إلى كثرة المؤنة ، المفضية إلى أكل الحرام ، وعلى التقديرين فهو من باب سد الذرائع ، وأباح زواج الأربع ، وإن كان لا يؤمن الجور فى اجتماعهن ؛ لأن حاجة الرجل قد لا تندفع بما دونهن ، فكانت مصلحة إباحة الزواج من أربع أرجح من مفسدة الجور المتوقعة من جمعهن فى عصمته[1] .

الوجه السابع عشر : أن النبي ﷺ نهى أن يجمع الرجل بين سلف ، وبيع[2] ، ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صح ، وإنما منع ذلك ، لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة لأن يقرضه ألفا . ويبيعه سلعة تساوى ثمانمائة بألف أخرى ، فيكون قد أعطاه ألفا وسلعة تساوى ثمانمائة ، ليأخذ من الطرف الآخر ألفين ، فيكون المقرض البائع استفاد من هذا الإقراض ، وهذا هو معنى الربا .

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٨٢ ، وما قبلها مع بعض التصرف ، حقق الكتاب الأستاذ الشيخ عبد الرحمن الوكيل .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٨٠٩ صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولى .

الوجه الثامن عشر : أنه ﷺ نهى عن البول فى الجحر، وما ذلك إلا لأنه قد يكون ذريعة إلى خروج حيوان من الجحر يؤذيه ، وقد يكون الجحر من مساكن الجن ، فيؤذيهم بالبول ، فربما آذوه .

الوجه التاسع عشر : أنه ﷺ نهى عن البراز فى قارعة الطريق، والظل ، والموارد ؛ لأنه ذريعة لاستجلاب اللعن ، كما علل به ﷺ بقوله : اتقوا الملاعن الثلاث ، وإنما نهى عن ذلك لما فى ذلك من الإضرار بالناس .

الوجه العشرون : أنه نهى عن الجلوس بالطرقات[1] ، وماذلك إلا لأنه ذريعة إلى النظر إلى المحرم فلما أخبروه أنه لابد لهم من ذلك قال : « اعطوا الطريق حقه ، قالوا : وما حقه ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ، ورد السلام » .

الوجه الحادى والعشرون : أنه نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى تنقل عن مكانها ، وما ذلك إلا لأنه ذريعة إلى جحد البائع البيع ، وعدم إتمامه ، إذا رأى البائع الأول البائع الثانى قد ربح فى بيعه ، فيغره الطمع ، وتشح نفسه بالتسليم ، كما هو الواقع ، وقد أكد هذا المعنى بالنهى عن ربح ما لم يضمن ، وهذا من محاسن الشريعة ، وألطف باب لسد الذرائع[2] ، كما يقول ابن قيم ، وصدق رسول الله ﷺ ، حيث كان يعلم ما يدور بخلد بعض التجار من الطمع ، وذلك فى زمنه ﷺ ، فما بالك بتجار اليوم .

---

(١) سبل السلام جـ ٤ ص ١٦٠٤ ، جـ ١ ص ١٢٠ .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٩٣ ، وما قبلها ، الحديث فى سبل السلام جـ ٣ ص ٨١١ .

الوجه الثانى والعشرون : أنه نهى عن بيعتين فى بيعة . رواه الإمام أحمد والنسائى وصححه الترمذى وابن حبان .

وهذا هو الشرطان فى البيع ، كما ورد فى حديث آخر رواه الخمسة وصححه الترمذى ، وابن خزيمة والحاكم .

وهو الذى لعاقده أوكس البيعتين ، أو الربا ، وقد ورد هذا فى الحديث الثالث[1] ، وذلك سد لذريعة الربا ، فإنه إذا باع بيعتين فى بيعة بأن باع السلعة بمائة مؤجلة ، ثم اشتراها بثمانين حالة فقد باع بيعتين فى بيعة ، فإن أخذ بالثمن الزائد أخذ بالربا وإن أخذ بالناقص أخذ بأوكسهما ، وهذا من أعظم الذرائع إلى الربا ، وأبعد كل البعد من حمل الحديث على البيع بمائة مؤجلة ، أو ثمانين حالة .

وهنا يقول ابن قيم ، وليس هاهنا ربا ، ولا جهالة ولا غرر ، ولا قمار ، ولا شيء من المفاسد ، فإنه خيره بين أى الثمنين شاء ، وليس هذا بأبعد من تخييره بعد البيع بين الأخذ ، والإمضاء ثلاثة[2] أيام ـ أى إذا خير البائع المشترى وأعطاه الخيار لمدة ثلاثة أيام وخلال هذه المدة يختار المشترى بين إمضاء البيع وأخذ المبيع ، أورده إلى البائع فصلوات الله تعالى وسلامه على من كلامه الشفاء ، والعصمة ، والهدى والنور .

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ٨٠٩ تصحيح وتعليق محمد عبد العزيز الخولى .

(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٩٣ مع تصرف فى بعض الأمثلة والشرح الصغير ج ٤ ص ١٥٤ مع تصرف فى بعض الأمثلة .

الوجه الثالث والعشرون : أن النبي ﷺ نهى عن التفرق قبل القبض فى الصرف ، فمثلا : لا يجوز بيع الذهب بالفضة ، من غير قبض البدلين أو أحدهما فى المجلس .

ونهى عن بيع الأصناف الربوية بمثلها من غير قبض البدلين أو أحدهما فى المجلس ؛ لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى التأجيل[1] الذى هو نوع من أنواع الربا .

الوجه الرابع والعشرون : أنه أمر أن يفرق بين الأولاد فى المضاجع[2] ، وأن لا يترك الذكر ينام مع الأنثى فى فراش واحد ؛ لأن ذلك قد يكون ذريعة إلى نسج الشيطان بينهما المواصلة المحرمة بواسطة اتحاد الفراش[3] .

وقد أوصل ابن قيم الجوزية هذه الوجوه إلى تسعين وجها ، ولكنى انتقيت منها ما ظهر لى أنه أهم من غيره والله تعالى أعلم .

العقود بعد النداء للجمعة :

عند المالكية : من سد الذرائع ما ورد فى تبصرة الحكام أن المشهور أن عقد البيع بعد نداء الجمعة الموجب للسعى ـ المشهور أنه يفسخ ؛ لأنه وسيلة إلى التخلف عن الجمعة ، أو فوات بعضها .

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٠٠ تحقيق وضبط فضيلة الشيخ عبد الرحمن الوكيل ، الحديث سبل السلام جـ ٣ ص ٨٤٥ .

(٢) هـذا الحديث حسن رواه أبو داود من رياض الصالحين للنووى ص ١٤٩ .

(٣) نفس المرجع السابق ص ١٩٤ من أعلام الموقعين .

واختلف فى غير البيع من العقود : كعقد الزواج ، والخلع والصلح ، والإجارة ، وما فى معنى ذلك ، فقال ابن بشير : إنها كالبيع ؛ لأنها مشغلة ، واختلف فى الفسخ أيضاً وحكى اللخمى عن ابن عبد الحكم الفسخ فى الإقالة والشركة والتولية والأخذ بالشفعة .

وقال ابن رشد : « ينبغى للحاكم إذا خاف من المتبايعين الوقوع فى المحرم أن يمنعهم منه » .

منع السفر بالمصحف إلى أرض العدو :

لا يجوز السفر بالمصحف إلى أرض العدو خشية تملكه ووقوعه تحت أيديهم ، فلا يجوز حمله إلى بلادهم ولا يباع لمن يحارب المسلمين آلة الحرب من الخيل ، والسلاح ، والسروج ، والتروس ، ونحو ذلك مما يتقى به ؛ لما يخشى من تقويتهم على المسلمين .

لا تجوز عقود الغرر :

لا تجوز هذه العقود - أى عقود الغرر - وذلك مثل بيع البعير الشارد ، والثمرة التى لم يبد صلاحها والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والإبل المهملة التى يصعب انقيادها ، ولا يعلم هل تسلم فى أخذها وتسليمها للمشترى[1] .

والخلاصة :

أن القاضى يقضى بناء على سد الذرائع ، ويمنع العقود المؤدية إلى الربا أو الغرر ، وما يؤدى إلى أكل أموال الناس بالباطل ، وقد سبق تفصيل

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٨٣ .

ذلك والقاضي يمنع من هذه العقود ابتداء ، إذا علم به ويفسخ العقد إذا اطلع عليه بعد ذلك ، مع تأديب من اعتاد ممارسة هذه العقود[1] وقد تكون وسيلة المحرم غير محرمة ، إذا أفضت إلى مصلحة راجحة على المفسدة ، كالتوسل إلى فداء الأسرى المسلمين بمقابل دفع مال إلى العدو[2] .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٨٤ .

(٢) نفس المرجع .

مطلب

فى القضاء بنفى الضرر بناء على دفع الضرر

ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال « لاضرر ، ولاضرار » وقال الباجى: يحتمل أن يريد بقوله « لا ضرر » أى لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز إضراره بغيره ، وقال غيره الضرار أن تضر نفسك لتضر بذلك غيرك ، فإذا امتنع هذا النوع من الضرار فكيف بمن يصلح مال نفسه بإفساده مال غيره ؟ وقال المتيطى: ويحتمل عندى أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه ؛ لأن هذا يستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة فى القتال ، والضرار والسباب ، والجلاد ، وكذلك ما أشبه هذا ، فنهى النبى ﷺ أن يعمد أحدهما الإضرار بصاحبه وعن أن يقصد ذلك .

وقال الخشنى : الضرر ما ينفعك ، ويضر صاحبك ، والضرار ما يضر صاحبك ، ولا ينفعك ، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة نفسه ، وما كان فيه ضرر على غيره ، والضرار ما قصد به الإضرار بغيره ، قال الباجى : فلا ينبغى لمن يؤمن بالله ، واليوم الآخر أن يحدث على جاره شيئا يضر به[1] .

والمقصود هنا : أن ترفع إلى القاضى مسألة لاتحتاج إلى بينة ، أو إقرار ، وما أشبه ذلك ، بأن كان ما يفعله المدعى عليه قد حدث فيه نزاع بين المدعى

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ على هامش فتح العلى المالك .

والمدعى عليه . هل هذا الفعل مضر بالمدعى ، أو غير مضر ، وهنا يحتاج القاضى ليحكم بين المتخاصمين إلى معرفة هل هذا الفعل مضر بالمدعى ، فيمنع المدعى عليه من عمل هذا الفعل المضر ، أو أن هذا الفعل غير مضر بالمدعى فيترك المدعى عليه ، وما أراد أن يفعل ، أو يتركه ، وما فعل ؟

والقاضى إنما يحكم بذلك بناء على الحديث الشريف الذى جاء بنفى الضرر وسوف أذكر أمثلة مما قاله الفقهاء فى هذا المقام .

بناء حمام أو فرن :

مثال هذا الضرر ما يحدثه الرجل فى أرضه مما يضر بجيرانه ، من بناء حمام ، أو فرن للخبز ، أو لسبك ذهب ، أو فضة ، أو كير لعمل الحديد ، فقد قال ابن القاسم عن مالك : إن لهم منعه .

وقال ابن رشد : إن أمكن قطع الدخان مع بقاء الفرن قطع الضرر ، وبذلك قال سليمان بن أسود ، فجعل أنبوباً أعلى الفرن يرتقى فيه الدخان ، ولا يضر بالجار . ووجه الضرر فيما ذكرناه هو الدخان الذى يحصل من الفرن ، والحمام ، فيدخل على الجيران فى دورهم ويضرهم ، وهو من الضرر الكبير المستدام ، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه ، على من يستضر به ، إذا شهدت البينة بأنه من الضرر .

فإن أقام المحدث للضرر بينة تشهد : أن ذلك ليس بضرر لم يلتفت إلى تلك البينة ، وكانت شهادة الذين شهدوا بالضرر أولى ، وأحق بالحكم وقيل ينظر إلى أعدل البينتين فيقضى بها ؛ لأن الشهادة على العيان ، ولا تنفذ شهادة بالضرر فيما لم يره أهل العلم ضرراً .

جهل الضرر فلم يعلم أقديم هو أم حادث ؟

إذا جهل الضرر ، فلم يعلم أقديم هو ، أم حادث؟ فهو على القدم حتى يثبت أنه محدث أنه محدث ، قال ابن هشام فى المفيد له : وإذا لم يعلم الضرر ، هل هو قديم ، أو محدث فهو على الحدوث حتى يثبت القدم ، وبه العمل .

وقال سحنون : هو على القدم حتى يثبت الحدوث وليس به عمل ، وذكر ابن زياد فى أحكامه ، وابن الهندى فى وثائقه أن ذلك محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم ، وبه الحكم .

ضرر فتح باب أو كوة :

من ذلك الذى تقـــدم من أحدث عليه ضرر من فتح باب أو كوة ، وكذلك لو أحدث نصبـــة يطلع منها على جاره منع ، وقيل : لا يمنع ، ويقال لجاره : استتر على نفسك ، قاله أشهب ، والمنع قوله فى المدونة ، وفى المذهب عند المالكية : إذا ثبت ضرر الاطلاع ، فقيل : يحكم بسدها ، وإن كان بابا فإنه يغلق غلقاً حصينا ، وتقلع منه العتبة ، لئلا يكون حجة عند تقادم الزمان ، وقال ابن الماجشون : لا يلزمه سدها ، وله أن يجعل أمام ذلك ما يستره .

وإن كانت الكوة قديمة ، أو الباب قديما فليس له القيام فى سدة ، وإن لم يكن لصاحبه فيه منفعة .

وحكى ابن يونس قولا عن بعض الشيوخ فى الكوة القديمة أنها تسد ، وأن ذلك حق لله تعالى ، لا يحل الكشف على أحد .

الاطلاع الذى لايتوصل إليه إلا بكلفة:

والاطلاع الممنوع المضر هو الذى يتوصل إليه بغير كلفة .

أما ما كان من الاطلاع الذى لا يصل إليه المطلع إلا بكلفة ، ومؤنة ، وقصد إلى الاطلاع بتكلف صعود ، ولا يتمكن إلا بذلك - لم يكن ذلك الموضع الذى يطلع منه من الضرر الذى يزال ، وقيل الذى يشكو الاطلاع : استر على نفسك ، فإن أثبت عليه أنه اطلع عليه بقصد إلى ذلك كان حقا على الإمام أن يؤدبه على ذلك ، ويزجره حتى لايسوه[1] .

الضرر يمنع قديما كان أوحديثاً :

قال ابن حبيب : وجوه الضرر كثيرة ، وإنما تتبين عند نزول الحكم فيها . من ذلك : دخان الحمامات ، والأفران ، وغبار الأندر - مكان الذرو - ونتن الدباغين - إن لم يضر لمن جاوره ، وإلا فاقطعوه ، وسواء كان قديما أو محدثاً ، لأن الضرر لا يستحق بالقدم ، وإنما حيازة التقادم الذى جاء فيها : « من حاز على خصمه عشر سنين فهو أحق به منه ، فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعض من أجل أن الحائز لذلك يستغنى بالحيازة عن أصل وثيقته التى صار بها هذا الشىء إليه من شراء ، أو هبة ، ولا تكون الحيازة فى أفعال الضرر حيازة ، بل لا يزيد تقادم الضرر إلا ظلماً ، وعدواناً[2] .

وعند الحنفية : إذا أراد أن يبنى فى داره تنوراً للخبز الدائم ، أورحى

---

(١) تبصرة الحكام جـ٢ ص ٣٦٠ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

الطحن ، أو مدقة القصارين يمنع عنه ، لتضرر جيرانه ضررا فاحشا ، وعن أبي يوسف : لو اتخذ داره حماما ، ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه ، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران[1] .

الأشجار المتدلية الأغصان في ملك الغير :

إذا باع شخص ضيعة ، أو للبائع أشجار في ضيعة أخرى بجنب هذه الضيعة ، أغصانها متدلية في الضيعة المبيعة فللمشترى أن يأخذ البائع بتفريغ الضيعة المبيعة من الأغصان المتدلية فيها .

وكذا لو ورث شخص أرضا ، وبجانبها أرض أخرى فيها أشجار متدلية في أرض الوارث فللوارث المطالبة بإخلاء هـــذه الأغصان المتدلية في أرضه .

وإذا وقعت شجرة من نصيب أحد المتقاسمين ، أغصانها متدلية إلى نصيب الآخر ـ فإن صاحبها يجبر على قطع الأغصان ، في رواية عن الإمام محمد بن الحسن ، وعنه يترك كذلك .

وقال أحمد في رواية ابن منصور : في رجل في حائط جاره شجرة وأغصانها في حائطه ، له أن يمنعه ، ويأمره بقطعها[2] .

---

(١) معين الحكام ص ١٦٢ .

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٣٠٠ .

خروج شعب النخلة إلى أرض الجار :

إذا خرجت شعب[1] نخلته إلى جاره فللجار قطعها ؛ لتفريغ هوائه . قالوا : هذا على وجهين : فلو أمكن تفريغ الهواء بشد الشعب على النخلة ، أو تفريغه بشد بعض الشعب فله أن يأخذ صاحب النخلة بالشد ، لا بالقطع فيما أمكن التفريغ بشده .

وأما ما لا يمكن تفريغه إلا بقطعة فالأولى أن يستأذن صاحبها ، فيقطع بنفسه ، أو يأذن له بالقطع ، ولو أبى فإن المدعى المضرور برفع الأمر إلى القاضى ، فيجبره على القطع ولو لم يفعل الجار المدعى كذلك ، ولكنه قطعها بنفسه ابتداء ، فلو كان القطع من محل ليس القطع من محل آخر أنفع منه فى حق المالك لم يضمن ، وإن كان القطع من محل آخر ، فهو الذى قطع منه الجار المدعى ـ أنفع للمالك ـ فإن الجار القاطع يضمن[2] .

ولو انتشرت عروق الشجرة تحت الأرض حتى دخلت فى قرار أرض الجار لم يأخذ بقلعها ، ولا يمنع الجار من التصرف فى قرار أرضه ، وإن قطع تلك العروق[3] .

---

(١) الشعب : الأغصان والفروع ، والمقصود هنا الفروع ـ مختار الصحاح ص ٣٣٩ .

(٢) معين الحكام للطرابلسى ص ١٦٢ .

(٣) الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى ص ٢٩٩ ، والإقناع فى الفقه الحنبلى جـ ٢ ص ١٩٩ .

هل للقاضى أن يعذب المتهمين بالعدوان

كوسيلة للإقرار ، أو حتى يتبين الأمر ؟

وهنا يمكن القول : إن المتهمين ينقسمون إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أن يكون المتهم بالعدوان بريئا ليس من أهل التهم ، فهذا القسم لا تجوز عقوبته اتفاقا ، ولا يجوز الضغط عليه لأجل الإقرار ؛ لأن الظاهر بكذب ما يقوله المدعى ، ولا يوجد دليل على ذلك .

فلو ادعت امرأة على رجل : أنه غصبها على نفسها فإنها لا تصدق فى ذلك وأقيم عليها حد القذف .

وكذلك لو ادعى رجل على رجل من أهل الخير والدين غصبا ـ أدب المدعى .

القسم الثانى : وهو المتهم المعروف بالفجور ، كالسرقة ، وقطع الطريق والقتل ، والزنا ، وهذا القسم لابد أن يكشفوا ، ويستقصى عليهم بقدر تهمتهم ، وشهرتهم بذلك ، وربما كان بالضرب ، وبالحبس وحده دون الضرب على قدر ما اشتهر عنهم .

قال ابن تيمية رحمه الله تعالى : ما علمت أحدا من أئمة المسلمين يقول : إن المدعى عليه فى جميع هذه الدعاوى يحلف ويرسل ، بلاحبس ، ولاغيره فليس هذا على إطلاقه مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ، ولا غيرهم من الأئمة ومن زعم أن هذا على إطلاقه ، وعمومه هو الشرع ، فقد غلط غلطا فاحشا مخالفا لنصوص رسول الله ﷺ ولإجماع الأمة ، وبمثل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع » .

ضرب المتهمين وحبسهم :

ويسوغ ضرب هذا النوع من المتهمين :

١ — فقد أمر النبي ﷺ بتعذيب المتهم الذى غيب المال حتى أقر به في قصة يهود خيبر .

٢ — قول أمير المؤمنين على رضى الله عنه للظعينة التى حملت كتاب حاطب بن أبى بلتعة وأنكرته حين طلب على رضى الله عنه منها الكتاب ، فقال لها على كرم الله وجهه : « لتخرجن الكتاب ، أو لنجردنك » فلما رأت الجد أخرجته من عقاصها[1] .

وهذا النوع من المتهمين يجوز حبسه ، وضربه ؛ لما قام على ذلك من الدليل الشرعى .

وإذ كان المدعى عليه متهما فعن أشهب يمتحن بالسجن والأدب . وزاد ابن سهل : وامتحانه بقدر ما اتهم فيه وعلى قدر حاله ، ومنهم من يجلد بالسوط مجردا عن الحبس ، وقال أصبغ : لا يعذب ، قاله الباجى ، وظاهره نفى الضرب ، وأما الحبس فيحبس بقدر رأى الإمام ، وقال مالك : ولا يسجن حتى يموت . وكتب عمر بن عبد العزيز : أن يسجن حتى يموت ؛ يعنى إذا لم يقر ؛ لأن سجنه لصرف أذاه عن الناس ، إذا كان معروفا بذلك ؛ لتكرره منه ، مع إصراره على الإنكار ، وإتلاف أموال الناس ، فيجب أن يقبض عنهم بالسجن ، وليس بعض الأوقات بأولى بذلك من بعض ، مع تساوى حاله فيهما .

---

(١) صحيح البخارى جـ ٥ ص ١٨٤ ، ١٨٥ — مطابع الشعب ، والطرق الحكمية ص ١١ .

وإذا وجد عند المتهم بعض المتاع المسروق ، وادعى المتهم : أنه اشتراه ولا بينة له فهو متهم بالسرقة ، ولا سبيل للمدعى إلا فيما وجد بيدى المتهم ، وإن كان غير معروف بذلك فعلى الحاكم حبسه ، والكشف عنه وإن كان معروفا بالسرقة حبس أبدا حتى يموت بالسجن .

القسم الثالث : المتهم المجهول الحال ، لا يعرف ببر ، ولا فجور ، فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند عامة علماء الإسلام ، والمنصوص عليه عند أكثر الأئمة : أنه يحبسه القاضى ، والوالى هكذا نص عليه مالك ، وأصحابه وهو منصوص الإمام أحمد ومحققى أصحابه ، وذكر هذا عند الحنفية [1] .

قال الإمام أحمد : قد حبس النبي ﷺ فى تهمة ، قال أحمد : وذلك حتى يتبين للحاكم أمره ، وقد روى أبو داود فى سننه ، وأحمد ، وغيرهما من حديث بهز بن حكيم عن أبيه ، عن جده : « أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس فى تهمة » .

قال على بن المدينى : حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده : صحيح وفى جامع الخلال عن أبى هريرة رضى الله عنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس فى تهمة يوما ، وليلة ، والأصول المتفق عليها بين الأئمة توافق ذلك فإنهم متفقون على أن المدعى إذا طلب المدعى عليه الذى يسوغ إحضاره ـ وجب على الحاكم إحضاره الى مجلس الحكم ، حتى يفصل بينهما ، ويحضره

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، معين الحكام للطرابلسى ص ١٧٩ ، ١٨٠ ، الطرق الحكمية ص ١١٨ .

من مسافة العدوى ـ التى هى عند بعضهم بريد ـ وهو ما لا يمكن الذهاب إليه ، والعود فى يومه ، وعند بعضهم يحضر المدعى عليه من مسافة القصر ، وهى مسيرة يومين ، فى رواية عن الإمام أحمد .

ثم إن الحاكم قد يكون مشغولا عن تعجيل الفصل بين الخصوم ، وقد تكون عنده قضايا سابقة ، فيكون المطلوب المدعى عليه محبوسا ، معوقا من حين يطالب إلى أن يفصل بينه ، وبين خصمه ، وهذا حبس بدون التهمة ، ففى التهمة أولى فإن الحبس الشرعى ليس هو الحبس فى مكان ضيق ، وإنما هو تعويق الشخص ، ومنعه من التصرف بنفسه ،سواء كان فى بيت ، أو مسجد ، أو كان بتوكل الخصم ، أو وكيله عليه وملازمته له ، ولهذا سماه النبى ﷺ « أسيرا » .

كما روى أبو داود ، وابن ماجة عن الهرماس بن حبيب عن أبيه قال : « أتيت النبى ﷺ بغريم لى ، فقال : إلزمه ، ثم قال لى : يا أخا بنى تميم ، ما تريد أن تفعل بأسيرك ؟ » .

وفى رواية ابن ماجة « ثم مر آخر النهار ، فقال : ما فعل أسيرك يا أخا بنى تميم ؟ » وكان هذا هو الحبس على عهد النبى ﷺ ، وأبى بكر الصديق رضى الله تعـــالى عنه ، ولم يكن له محبس معد لحبس الخصوم ، ولكن لما انتشرت الرعية فى زمن عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ ابتاع بمكة دارا ، وجعلها سجنا يحبس فيها ، ولهذا تنازع العلماء من أصحاب أحمد وغيرهم : هل يتخذ الإمام حبسا ؟ على قولين :

فمن قال : لا يتخذ حبساً ، قال : لم يكن لرسول الله ﷺ ، ولا لخليفته

بعده حبس ، ولكن يعوقه بمكان من الأمكنة ، أو يقام عليه حافظ ، أو يأمر غريمه بملازمته ، كما فعل النبي ﷺ .

ومن قال : له أن يتخذ حبساً ، قال : اشترى عمر بن الخطاب[1] من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف ، وجعلها حبساً .

ولما كان حضور مجلس الحاكم تعويقاً للمدعى عليه ومن جنس الحبس تنازع العلماء : هل يحضره الخصم بمجرد الدعوى ، أو لا يحضره حتى يبين المدعى أن للدعوى أصلا ؟ على قولين : هما روايتان عن الإمام أحمد[2] .

ومن الفقهاء من قال : الحبس فى التهم إنما هو لولى الحرب دون القاضى .

مقدار الحبس فى التهمة :

واختلفوا فى مقدار الحبس فى التهمة . هل هو مقدر ؟ أو مرجعه إلى اجتهاد الوالى ، أو ما فى معناه ، أو الحاكم ؟ على قولين ذكرهما أبو يعلى[3] فذكر عبد الله الزبيرى من أصحاب الشافعى أن حبسه للاستبراء والكشف مقدر بشهر واحد ، لا يتجاوزه ، وقال غيره : ليس بمقدر ، وهو موقوف على رأى الإمام واجتهاده[4] .

---

(١) حاشيتى قليوبى وعميرة جـ ٤ ص ٣٠٢ ، وشرح جلال الدين المحلى ونهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٥٣ ، ومغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٩٠ - طبعة مصطفى الحلبى ١٣٧٧هـ .

(٢) الطرق الحكمية ص ١١٩ ، ١٢٠ تقديم الشيخ محمد محى الدين .

(٣) نفس المرجع ص ١٢٠ .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٠ الطبعة الثالثة ١٩٧٣م ، والأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٥٨ الطبعة الثانية ١٩٦٦م ، والهداية شرح بداية المبتدى جـ ٣ ص ١٠٤ ، والاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

وذكر الشيخ زين العابدين بن إبراهيم : أن الرأى القاضى فى مدة حبس المدين[1] .

وفى بداية المجتهد : أن المدين إذا ادعى الفلس ، ولم يعلم صدقه فإنه يحبس حتى يتبين صدقه ، أو يقر له بذلك صاحب الدين فإذا كان ذلك خلى سبيله .

وأما المفلس الذى لا مال له أصلا فإنه ينظر فى ذلك إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز : أن لهم أن يؤاجروه[2] .

---

(١) الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ص ٢٣٠ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٢٦٣ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٩١ ، وقد وردت عقوبة السجن فى الأمم السابقة فى سورة يوسف والقرطبى جـ ٩ ص ١٧٦ وما بعدها ، وقصص الأنبياء لابن كثير جـ ١ ص ٢٣٦ وما بعدها تحقيق مصطفى عبد الواحد .

خاتمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين .

أما بعد : فهذا جهد قدمته وأعانني الله تعالى على تقديمه أرجو به ثواب الله جل جلاله وأبتغي به رضاه .

كما أرجو أن أكون قدمت شيئا ولو يسيرا لتذكير المسلمين بشريعتهم السمحة ، التي ما تركت خيراً إلا دعت إليه وما تركت شراً إلا حذرت منه ونهت عنه .

كما أذكرهم بتراثهم العظيم الذي فيه عزهم ، وشرفهم وكرامتهم وأصالتهم .

وقد توخيت المحافظة على نصوص الفقهاء القدامى إذا كانت واضحة ، أما إذا كانت العبارة ، أو اللفظ فوق مستوى البعض من الناس فإنني أختار البديل تقريباً للأذهان وقد ركزت تركيزاً كبيراً جداً على المراجع الأصيلة والتراث الفقهي القديم لتقوم المادة العلمية على أصول قوية وأسس ثابتة ، واعتقد أن القارىء لهذا الكتاب سوف يلاحظ ذلك إن شاء الله .

أما ما لخصته أو ما اخترته من الأقوال ، أو ما خرجت به من خلاله

الأقوال فذلك من أسلوبى وتعبيرى ، فإن كنت أصبت فلله الحمد على ذلك ، وإن كنت أخطأت فهذا غير مقصود .

وإنى أستغفر الله ، والمعصوم من عصمه الله .

والله أسأل أن ينفع به وأن يهدينا إلى سواء السبيل ، وهو حسبى ونعم الوكيل ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .



أهم المراجع

من التراث القديم لهذا الكتاب

ويلاحظ اختلاف النسخ والطبعات فقد كتبت جزءاً كبيراً منه في المدينة المنورة ورجعت إلى بعض النسخ والطبعات في مكتبة الدراسات العليا حيث عملت أستاذاً مشاركاً بالدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

أولا : القرآن الكريم :

ثانياً : كتب التفسير :

١ ـ أحكام القرآن : تأليف الإمام حجة الإسلام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص .

٢ ـ الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، حققه أبو إسحاق إبراهيم أطفيش .

٣ ـ مختصر تفسير ابن كثير : للأستاذ محمد علي الصابوني .

٤ ـ صفوة التفاسير : للأستاذ محمد علي الصابوني .

٥ ـ قصص الأنبياء لابن كثير : تحقيق الأستاذ مصطفى عبد الواحد .

ثالثاً : كتب السنة النبوية :

١ ـ صحيح البخاري طبعة الشعب .

٢ ـ نيل الأوطار للشوكاني .

٣ ـ سبل السلام للصنعاني .

٤ ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري .

٥ ـ الأدب المفرد للبخاري : تحقيق وتعليق وترقيم الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي .

٦ - جامع المسانيد لأبي حنيفة .

٧ - مصنف عبد الرزاق .

٨ - رياض الصالحين : للإمام المحدث محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي ، أوضح معانيه الأستاذ مصطفى محمد عمارة .

٩ - فقه الإسلام شرح بلوغ المرام : تأليف فضيلة الشيخ عبد القادر شيبة الحمد .

١٠ - تحفة الأحوذي بشرح الترمذي .

رابعا : كتب الفقه :

الفقه الحنفي :

١ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر .

٢ - معين الحكام الطرابلسي الحنفي .

٣ - حاشية ابن عابدين .

٤ - الدر المختار .

٥ - حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار .

٦ - شرح فتح القدير للكمال بن الهمام .

٧ - الهداية شرح بداية المبتدى : تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني .

٨ - العناية على الهداية : للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي .

٩ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي .

١٠ - الاختيار لتعليل المختار .

١١ - الأشباه والنظائر لابن نجيم : تحقيق وتعليق الأستاذ عبد العزيز محمد الوكيل .

١٢ - المبسوط للسرخسي

١٣ - رسائل ابن عابدين .

الفقه الشافعي :

١ - مغني المحتاج .
٢ - حاشية الباجوري .
٣ - نهاية المحتاج .
٤ - تحفة المحتاج .
٥ - الأشباه والنظائر للسيوطي .
٦ - حاشيتا قليوبي وعميرة .
٧ - شرح جلال الدين المحلي .
٨ - كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم : تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي .
٩ - الأحكام السلطانية للماوردي .

الفقه المالكي :

١ - الفروق للقرافي .
٢ - إدرار الشروق على أنواء الفروق : لعمدة المحققين سراج الدين أبي القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط .
٣ - تهذيب الفروق : الشيخ محمد علي ابن المرحوم الشيخ حسين مفتي المالكية .
٤ - تبصرة الحكام لابن فرحون .
٥ - الخرشي .
٦ - حاشية القدوري .
٧ - الشرح الكبير : العلامة الشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير .
٨ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .
٩ - الشرح الصغير على أقرب المسالك .
١٠ - حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي .
١١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد .

١٢ ـ البهجة فى شرح التحفة .
١٣ ـ حلى المعاصم .
١٤ ـ شرح الإمام محمد التاودى على منظومة محمد بن محمد بن عاصم .

فقه الحنابلة :

١ ـ الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية : تقديم وتعريف الشيخ محمد محى الدين عبد الحميد ، مراجعة وتصحيح أحمد عبد الحليم العسكرى .
٢ ـ المغنى لابن قدامة : تحقيق الشيخ محمود عبد الوهاب فايد .
٣ ـ الشرح الكبير .
٤ ـ الإقناع لشيخ الإسلام المحقق أبى النجا شرف الدين موسى الحجاوى : تصحيح وتعليق الشيخ عبد اللطيف محمد موسى السبكى .
٥ ـ أعلام الموقعين .
٦ ـ أصول الإمام أحمد : الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى .
٧ ـ الأحكام السلطانية لأبى يعلى : تصحيح وتعليق الشيخ محمد حامد الفقى .

المحلى لابن حزم .
المختار من صحاح اللغة .
مختار الصحاح .

ومن المراجع العامة المعاصرة :

مطبوعات المؤتمر السادس لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر فى « حقوق الإنسان فى الإسلام ورعايته للقيم والمعانى الإنسانية ـ محرم ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١م .

فهرس كتاب الحجج القضائية
فى الشريعة الإسلامية

الموضـــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــوع	الصفحة

تصويب ما وقع من سهو فى هذا الكتاب

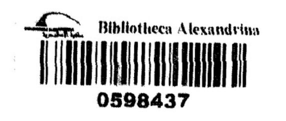
السهو	الصواب	السطر	الصفحة
أن تعدلوا	ألا تعدلوا	٧	٥
بالهامش(٢)سورة النساء الآية ١٣٥	سورة المائدة الآية ٨		٥
إلا يكن	إن يكن	١٠	٥
أن الإمام على	أن الإمام علياً	٨	٦
واعل الإمام على	واعل الإمام علياً	٩	٦
إلا بما يشك فيه	لا بما يشك فيه	١٢	١٢
يشهد بما أنزل إليه	يشهد بما أنزل إليك	١٣	١٧
واستهدوا شاهدين	واستشهدوا شهيدين	٨	٢٠
إصرار	إصراراً	٤	٢٣
المفاودة	المعاودة	٥	٢٤
كالنبوه	كالبنوة	٤	٢٧
إدخال العم	إدخال الغم	الأخير	٢٧
أن على المراد	أن المراد	١٩، ٢٠	٢٩
لشاهد	الشاهد	١٧	٣٣
تـكون	نـكون	٣	٣٥
—	حديثه	٩	٤٤
نسبه	نسيه	١٢	٤٤
كان هذا الحق	إن كان هذا الحق	٧	٥٣
أو عينه	أو يمينه	٩	٦٦
يستأتى	يستأنى	٧	٩١
المتباعين	المتبايعين	٦	٩٣
قبصها	قبضها	٢	٩٤

السهو	الصواب	السطر	الصفحة
ذار	داراً	٥	٩٧
يطلبهما	بطلبهما	٦	٩٨
لرقف	توقف	٩	٩٨
ينحالما	يتحالفان	٧	١٠١
لحلهم	لحلفهم	٦	١١٣
للشهادين	الشاهدين	١	١١٧
والشاهدات	والشهادات	٨	١٢٠
ففسه	نفسه	٧	١٢٤
إن	أن	٣	١٢٥
قاضيحان	قاضيخان	١٥	١٢٦
أب	أبي	السطر قبل الآخير	١٤٤
شهدا أخوان	شهد أخوان	٨	١٤٩
الجد	الجسد	١٣	١٥١
سقطنا	سقطتا	السطر قبل الآخير	١٥٢



(رقم الإيداع بدار الكتب ١٧٤١/٨٤)

دار الهدى للطباعة
٣ ش النوادي بالسيدة زينب


Bibliotheca Alexandrina
0598437